

ATIVISMO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL

Felipe SHIBUYA¹
Mariellen Trevisan BOSSO²

RESUMO: Trata-se de uma pesquisa científica espelhada nos reflexos do ativismo judicial, vezes que o poder judiciário brasileiro tem-se levantado um questionamento sobre a postura proativa do julgador, posto que os nobres juízes tem extrapolado as competências pregadas em nossa Constituição Federal, invadindo, portanto, o campo de atuação de outros poderes, sobretudo do Legislativo, tendo suas decisões calcadas em princípios e conceitos poliédricos.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Reflexos. Processo Penal. Poder.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como a finalidade esclarecer a essência acerca do ativismo judicial, evidenciando a real necessidade do questionamento dos reflexos do ativismo judicial no âmbito jurídico, mais precisamente no direito penal utilizados no judiciário brasileiro.

2 O Ativismo Judicial e Princípios de valoração da prova

2.1 Conceito

De início faz-se mister conceituar o termo “ativismo judicial”, acerca do termo ativismo, não existe consenso, haja vista os incontáveis significados extraídos da expressão, a despeito de não existir consenso quanto ao tema, Luís Roberto Barroso, pontua que:

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, felipe_shibuya@outlook.com

² Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, mari_bosso@hotmail.com

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: 1.A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislado ordinário; 2.A declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; 3.A imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas pública.³

Outrossim, faz-se mister uma breve explicação em relação aos três princípios de valoração da prova adotados ligados ao histórico do poder judiciário:

a) Provas legais, certeza legal ou tarifamento legal, o referido princípio vigorou de modo indubitável durante o ápice do processo inquisitório clássico, dispõe de uma hierarquia classificatória de provas legais, que somente os especialistas podiam conhecer, as provas já possuíam um valor preconcebido pelo legislador, cada prova possuía uma pontuação, não havia possibilidade de dar um valor pessoal a prova, reunidos os elementos determinados pelo legislador, o juiz era obrigado a condenar, independentemente de suas convicções pessoais

“O tarifamento legal é um mecanismo estranho ao moderno processo penal, não porque é falível, já que também são provas cuidadosamente apreciadas pelo juiz, mas porque repugna à ética judicial que a sorte do acusado se decida por um cálculo estatístico”.⁴

b) Intima convicção ou certeza moral, em 1808, o Código de Instrução Criminal de Napoleão deu origem a um novo sistema processual penal, também conceituado como sistema misto, implementando uma ditadura do poder judiciário.

“O caráter autoritário que o sistema inicialmente assumiu é indiscutível, já que o critério de valoração da prova era o da intima convicção ou certeza moral, segundo esse critério, não é necessário fundamentar os motivos que levam a decisão, o juiz julga de acordo com seu convencimento pessoal, mas não precisa motiva-lo ou justificar o julgado, podendo levar em conta

³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [S.I.], [200-?]. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁴ CORDERO, Franco. Procedimento penal: Tomo II. Bogotá: Temis, 2000. p.28.

inclusive provas que não constam no processo, ou seja, trata-se de método muito distinto do livre convencimento motivado⁵

O suposto equilíbrio acaba tornando-se uma falácia, já que o elemento essencial do método inquisitorial foi preservado, inclusive no sistema fundado pelo Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, também conhecido como sistema inquisitório reformado, onde assume-se os princípios inquisitórios de persecução penal pública e averiguação da verdade histórica, ainda que matizados pela afirmação de valor individuais referentes a dignidade humana.⁶

“Percebe-se que a intenção era realizar um sistema inquisitório em essência, pelos princípios materiais que o informavam, ainda que sob formas acusatórias meramente formais”.⁷

c) Livre convencimento motivado ou convicção racional, e por fim, o livre convencimento motivado, o juiz tem liberdade de consciência nos limites da lei e do processo, desde que motive sua decisão, assumindo um compromisso científico e racional com a sociedade e as partes, porque só haverá uma decisão de acordo com o ordenamento jurídico e com as provas dentro do processo, expondo as razões do porque decidiu dessa ou daquela maneira, temos um ponto de equilíbrio, criando uma autoridade legítima ao juiz, pelo próprio sistema democrático de direito, onde temos provas tarifadas e outras com ponto de liberdade, pois as partes passam a saber o fundamento da justiça.

“Para o autor, a exigência de motivação corresponde a uma finalidade de controle do discurso probatório do juiz, com o objetivo de garantir ao máximo possível a racionalidade de sua decisão, no marco da racionalidade legal”.⁸

Segundo Taruffo, se as provas disponíveis não são suficientes de acordo com o padrão que a lei exige para uma determinação positiva, o juiz comporá uma narração negativa, que diga que os fatos relevantes do caso não foram determinados e que, em consequência, os enunciados relativos a esses fatos não

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal: Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.208-209

⁶ MAIER, Julio B.J. Derecho procesal penal I: fundamentos, Buenos Aires: Editores del puerto, 2006.p.361.

⁷ MAIER, Julio B.J. Derecho procesal penal I: fundamentos. Buenos Aires: Editores del puterto, 2006.

p.362.Para Zilli, o sistema misto constitui uma inserção de aspectos acusatórios em estruturas inquisitórias.ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.38.

⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, Los ‘hechos’ em la sentencia penal. México: Fontamara, 2005.p43.

podem ser assumidos como verdadeiros.⁹, destarte, a falta de provas concretas que prove a autoria do tipo penal em face do réu o presume inocente.

Outrossim, vale ressaltar, que a intima convicção é limitada pela lei e pelo processo, ou seja, somente os fatos alegados no processo possuem validade, mas seria possível expandir essa intima convicção no judiciário brasileiro? Se for para expandir a liberdade da intima convicção, é possível, temos como exemplo., os tribunais de júri, os jurados do tribunal de júri estão investidos de uma jurisdição baseada na sua intima convicção, eles não precisam motivar sua decisão.

2.2 Ativismo judicial e seus reais aspectos.

Bem-vindo ao império do decisionismo no Direito, que sinaliza o advento de uma ditadura de toda, contra a qual possibilidade de resistência é mínima.

O princípio do livre convencimento motivado, tem como sua finalidade, limitar a possibilidade de sentenças autoritárias proferidas por magistrados, que primeiro decidem e depois preocupam-se em preencher a eventual falta de prova.

Para Geraldo Prado, “a complexidade da jurisdição penal nos dias atuais, com o alargamento dos espaços de incidência de soluções penais que abdicam do conhecimento dos fatos como lastro empírico para o ato decisório, aponta para uma realidade em que o acolhimento da tese é questionado por deliberações de política criminal e pela pressão da comunicação social”.¹⁰

Com base na motivação aberta das decisões e o ativismo judicial, os magistrados utilizam-se de argumentos como escusa valendo-se da sua vontade pessoal, estamos vivendo a sua convicção, negando uma norma e decidindo de acordo com seu próprio entendimento indo em face de todo o histórico judicial.

⁹ TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdade: el juiz e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p.67. Em relação a Taruffo, fica a pergunta: qual seria o limite para que o juiz considerasse encerrada sua pretensão de buscar a verdade e, logo, elaborasse a narração negativa pelo autor?

¹⁰ PRADO, Geraldo, *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.p.19.

Desse modo, é possível valorar dados probatórios de forma inquisitorial, propiciando assim um verdadeiro arbítrio dos juízes na determinação dos fatos¹¹

Condenações tem sido rotineiramente expedida com alicerce probatório tão frágil quanto um castelo de cartas. Não há como escapar de uma conclusão, estamos diante de uma crise significativa no âmbito da valoração da prova e ela é absolutamente decisiva para a definição do processo penal que não queremos, por conseguinte, são várias páginas de deduções, abstrações e conjecturas que tem a mesma fundamentação que nada, não se sustentam sozinhas.

Por consequência, gera uma crise jurídica, a politização do direito e as normas não sendo cumpridas dão origem a uma insegurança jurídica por falta de critério científico e racional, regredindo ao sistema da intima convicção inquisitorial, sendo assim, criando a imagem de magistrados solipsistas, decidindo conforme sua própria consciência, sobrepondo o espírito republicano democrático de direito do judiciário.

“Vale salientar que, por evidente, tal principio do livre convencimento não deve implicar numa valoração arbitrária da prova por parte do juiz, faz-se imprescindível reconhecer que o principio do livre convencimento pode ser manipulado pelo julgador, razão porque a consciência de tanto é necessário a fim de controlar-se, dando efetividade à garantia constitucional”.¹²

Quais seriam os limites e parâmetros desse livre convencimento motivado, nas palavras de Elival da Silva Ramos:

O judiciário é talhado para aplicar e apontar defeitos de uma norma já posta. Como eu disse, até certo ponto, por meio da evolução da interpretação, pode melhorar alguma norma defeituosa, mas tem limite. O limite é o que o texto constitucional estabelece. Se o julgador aplicar algo aquém daquilo que o texto possibilita, teremos o passivíssimo judiciário, que é uma idealização conservadora.

¹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.147.

¹² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Barbárie do processo penal não pode ser enfrentada apenas com retórica. Em < <https://www.conjur.com.br/2015-set-25/limite-penal-barbarie-processo-penal-nao-enfrentada- apenas-retorica>>

Trabalhar a lei dentro do seu limite legal, com eles de interpretação, para estender a outras situações é perfeitamente normal. Passou desse limite, é ativismo judicial.¹³

É evidente que o livre convencimento motivado tem sido deturpado para permitir que o direito permaneça refém de matrizes autoritárias e mentalidade inquisitoriais, embora, não seja possível negar, de maneira absoluta, os benefícios experimentados pela sociedade com o comportamento proativo do Judiciário, diante de omissões danosas cometidas pelos Poder Executivo e Legislativo.

3 CONCLUSÃO

Não é nada recente o fato de os magistrados serem criadores do Direito, desta maneira, mais relevante que essa corroboração, talvez, seja a investigação acerca da atual e ampla expansão do papel criativo do Judiciário, das razões e de suas limitações.

É evidente que as razões emergem das constantes e profundas transformações as quais passaram a sociedade moderna, bem como as mudanças experimentadas pelo Direito e pelo Estado, buscando adequar a realidade social que não estavam presentes no texto normativo no momento da sua criação, tendo em vista, que possuímos um critério rigoroso para mudança do nosso ordenamento.

Entretanto, como foi exposto em todo o artigo, não se pode olvidar que devem existir limites, parâmetros para esse tipo de interpretação extensiva do nosso ordenamento que chega ao ponto de reescrever a norma.

A grande insegurança acerca do ativismo judicial não advém da possibilidade dos magistrados em serem criadores do Direito, mas sim na tentação no desvirtuamento de sua função jurisdicional, com a intromissão nos poderes Legislativos e Executivos.

¹³ RAMOS, 2009.

Diante o exposto, o real problema acerca do tema é encontrar o verdadeiro equilíbrio, entre o ativismo judicial/ livre convencimento motivado dos magistrados e o respeito ao juízo legislativo quando elaborou o texto normativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal: Tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.208-209

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [S.l.], [200-?]. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

CORDERO, Franco. **Procedimento penal: Tomo II**. Bogotá: Temis, 2000. p.28.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.147.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, **Los 'hechos' em la sentencia penal**. México: Fontamara, 2005.p43.

KHALED JR., Salah H. **Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito**. 18 out. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-do-decisionismo-no-direito/> . Acesso em: 29 ago. 2018.

Luís Roberto Barroso, **RETROSPECTIVA 2008 Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 22 dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Acesso em: 29 ago. 2018.

MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**, Buenos Aires: Editores del puerto, 2006. p.361.

MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. Buenos Aires: Editores del puterto, 2006. p.362.Para Zilli, **o sistema misto constitui uma inserção de aspectos acusatórios em estruturas inquisitórias**. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.38.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Barbárie do processo penal não pode ser enfrentada apenas com retórica**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-25/limite-penal-barbarie-processo-penal-nao-enfrentada-apenas-retorica>. Acesso em: 29 ago. 2018.

PRADO, Geraldo, **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.19.

RAMOS, 2009. REIS, Bárbara Emilie Alves dos. **Ativismo Judicial: conceito e diferenciações**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56618&seo=1> . Acesso em: 29 ago. 2018.

TARUFFO, Michelle. **Simplemente la verdade: el juiz e la construcción de los hechos**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p.67. Em relação a Taruffo, fica a pergunta: qual seria o limite para que o juiz considerasse encerrada sua pretensão de buscar a verdade e, logo, elaborasse a narração negativa pelo autor?