



“IUS PUNIENDI” E O ATIVISMO JUDICIAL: A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E SUAS IMPLICAÇÕES NA SEGURANÇA JURÍDICA PENAL

Isabelle Tosta dos ANJOS¹
Glaucio Roberto Marques MOREIRA²

RESUMO: A espetacularização da justiça compele o ativismo judicial exceder, nocivamente, seu poder punitivo, atuando o judiciário de maneira expansiva ultrapassando os limites da lei. O presente trabalho propõe-se a analisar a necessidade da efetiva observância das limitações do ius puniendi e do ativismo judicial a fim de que se preserve o princípio da segurança jurídica no Direito Penal e esclarecer de que modo a exacerbação do direito de punir do estado e do ativismo judicial gera reflexos negativos na sociedade. A análise da questão proposta inicia-se com elementos sobre a origem histórica do ius puniendi, bem como seus limites. Após, examinam-se a prerrogativa ativista do poder judiciário a partir da teoria tripartite dos poderes e como se dá a atual espetacularização da justiça que passa o Direito Penal. Ao final, aborda-se os reflexos da exacerbação nociva do poder-dever na segurança jurídica do sistema penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Ius puniendi. Espetacularização. Ativismo judicial. Segurança jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo foi analisar quais são os reflexos da espetacularização da justiça no ativismo judicial e as suas implicações na segurança jurídica e no ordenamento penal e esclarecer de que modo a exacerbação do direito de punir do estado e do ativismo judicial gera reflexos negativos na sociedade.

É sabido que desde o contratualismo, o homem vive em sociedade, porém cada indivíduo, com sua particularidade, possui interesses diferentes, o que acontece quando esses interesses entram em conflito? Quem é o responsável a manter a harmonia social? Quem é terceiro legitimado a punir os indivíduos?

A partir da perspectiva do poder punitivo do Estado, desenvolveu-se a ideia de ativismo judicial, partindo da premissa da divisão dos poderes, quando algum dos

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. isatostaa@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. glaucomarques@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

poderes se mostra omissos, cabe ao judiciário intervir a fim de ser o garante da Constituição, mas com a devida observância dos limites impostos a essa atuação.

A sociedade contemporânea demonstra atualmente uma cultura do imediatismo, promovida pelos veículos midiáticos, a conciliação entre a justiça e o sensacionalismo da mídia é perigosa. Assim, a espetacularização da justiça compele o ativismo judicial exceder, nocivamente, seu poder punitivo, atuando o judiciário de maneira expansiva ultrapassando os limites da lei.

Assim, torna-se relevante refletir sobre de que modo a exacerbação do direito de punir do estado, manifestado pelo ativismo judicial, gera reflexos negativos na sociedade. E qual a necessidade de limites da capacidade institucional do Judiciário já que demasiadas vezes se põe a espetacularização e politização do direito acima dos direitos e garantias fundamentais dos envolvidos.

Nesse trabalho, foi estudado no segundo capítulo, a evolução histórico-social do direito do Estado de punir, bem como a necessidade de limites a esse poder e qual a importância da divisão das funções nos três poderes estatais. No terceiro capítulo foi abordado o fenômeno do ativismo judicial que vem se fazendo cada vez mais presente no âmbito jurídico, ocorrendo de forma corriqueira, não mais como exceção. No quarto capítulo foi desenvolvido como a sociedade do espetáculo juntamente ao ativismo judicial traz problemas a ordem jurídica, demonstrado com casos de grande repercussão nacional. Concluindo, portanto, a nocividade da extrapolação do judiciário.

O método utilizado para a elaboração desse trabalho foi o dedutivo, fundamentado em pesquisas bibliográficas e artigos de grande relevância acerca da problemática

2 O PODER PUNITIVO DO ESTADO E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

O direito de punir, etimologicamente falando, é a prerrogativa sancionadora do Estado. Denotado pela expressão latina *ius puniendi*, é o instituto que confere ao Estado a detenção do caráter punitivo dos indivíduos infratores, visando a harmonia social. Conforme o disposto no Art. 144 da Carta Magna brasileira “a segurança

pública, é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”³. Daí extrai-se a concepção de uma proteção estatal, legitimada, a tutelar bens e valores coletivos e individuais de modo a garantir a paz e a harmonia entre as pessoas que compõem a sociedade.

Nesse sentido, é fundamental o papel do Estado como garante da ordem pública, essa estrutura estatal se mostrou necessária para garantir a paz na sociedade, pois, a eclosão de conflitos de interesses das divergentes classes sociais depois das revoluções burguesas, necessitavam de intervenção para garantir um desenvolvimento econômico-social harmônico.

2.1 Evolução histórica do poder-dever punitivo do Estado

Resgatando os antecedentes históricos do direito penal, nota-se que nem sempre as sociedades se organizavam da maneira como é sabido hodiernamente, em virtude disso, é pertinente analisar quem detinha o poder punitivo nas variadas fases da evolução penal.

A priori, nas sociedades primitivas, havia a presença da fase da vingança divina, de caráter religioso, na qual as cruéis punições eram aplicadas a todos àqueles que desobedecessem as leis. Sendo isto considerado uma ofensa aos deuses, fora marcada por desproporção entre o ato e a pena, totalmente desvinculado do sentido de justiça que se tem atualmente.

Gradual e concomitantemente, a humanidade passa a transição da vingança divina para a vingança privada, período esse no qual as punições continuam com seu caráter vingativo e sanguinário, entretanto, começam a surgir indícios da ideia de composição, por penas pecuniárias, e de proporcionalidade, exemplo dessa explícito na Lei de Talião, a base do célebre Código de Hamurabi.

Assim, gradativamente, como consequência de processos de reestruturação social, tem-se a figura do Estado como o detentor do poder-dever de manter a ordem, chegando-se na fase da vingança pública, período esse no qual o Estado ganha o poder supremo, tornando-se responsável pela resolução de litígios e por manter a ordem social.

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

Nos dias modernos, como grande resultado das revoluções burguesas, surge, então, a ideia do Estado liberal, depositário e administrador das liberdades públicas individuais, entretanto, posteriormente, o Estado social ganha espaço e destaque por se demonstrar mais protecionista dos interesses dos não legitimados.

Conexo a isso, alguns autores, como Cesare Beccaria e Noberto Bobbio, fundamentam o *ius puniendi* considerando a teoria política do contrato social, na qual, abstratamente, explica a abdicação parcial de alguns direitos dos indivíduos que concordam viver em sociedade em retorno de um Estado soberano e legitimado de um poder para perpetuar tal disposição social.

Explica-se o caráter evolutivo do Estado punitivo:

Quando a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, quando o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados.⁴

Observa-se, na atualidade, que a essência do poder-dever do Estado não é totalmente desvinculada daquela na fase da vingança pública. Embora categoricamente se afirma que as sanções não são degradantes ou cruéis tal como eram na vingança estatal, a ideia do Estado como detentor do poder punitivo aspirando o equilíbrio harmônico na sociedade perece.

Nesse sentido, é pertinente destacar:

No passado, as instituições mais variadas – a partir do clã – conheceram o uso da força física como perfeitamente normal. Hoje, porém, temos de dizer que o Estado como é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território. Note-se que “território” é uma das características do Estado. Especificamente, no momento presente, o direito de usar a força física é atribuído a outras instituições ou pessoas apenas na medida em que o Estado o permite.⁵

Dessa maneira, é notório que em um Estado Democrático de Direito, o legitimado da força física utiliza-se de instituições e órgãos afim de tutelar os bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade e manter a ordem interna, visto isso, sob uma perspectiva objetiva o *ius poenale*. A partir disso, constata-se que o papel

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 34

⁵ WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 98

fundamental do Direito Penal na sociedade, a proteção dos valores fundamentais para a vida social.

Entretanto, muitas vezes, buscando a devida resguarda e efetivação desses preceitos fundamentais, a sociedade recorre ostensivamente ao Poder Judiciário, precisando esse realizar o exercício de sua atividade jurisdicional e para isso as vezes acaba ampliando sua função almejando as soluções das lides, instituindo, dessa forma, o ativismo judicial.

Assim, é explícita a legitimidade judiciária diante uma ofensa a um bem jurídico. No entanto, é imprescindível ressaltar que tal prerrogativa é um direito e como em um Estado Democrático nenhum poder é ilimitado e absoluto, deve-se impor limites a esse.

2.2 Limites do dever de punir

Como ressaltado anteriormente, em um Estado social e democrático de direito, nenhum poder é absoluto e por essa razão deve ser submetido a limites, tanto formais como materiais, afim de que o detentor da prerrogativa sancionadora não perca sua legitimidade. O limite formal à atuação violenta estatal, garantido constitucionalmente, é essencialmente, o princípio da legalidade, uma vez que condiciona a atuação sancionadora aos contornos da lei, e ademais, os princípios desdobrados a partir desses. É crucial, portanto, a observância dos princípios que delimitam materialmente o *ius puniendi* a ser exercido pelo Estado, haja vista que são garantias do cidadão perante o exercício do Direito Penal.

O princípio da legalidade carrega em si a coercitividade do pensamento social-democrático, isso porque, além de legitimar a tutela dos bens jurídicos veda o emprego despótico da justiça. Como bem postulado na Constituição Federal, em seu inciso XXXIX do art. 5º *nullum crimen nulla poena sine lege*, isto é, “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁶. Pode-se dizer, então, que tal princípio trata-se de um limite formal imprescindível, uma vez que atua como garantia fundamental, por ser impessoal e genérico, e, necessariamente, toda violação a ele afetará os direitos fundamentais do indivíduo.

Ademais, segundo o princípio da intervenção mínima, o direito penal só deve ser acionado quando estritamente necessário, assim:

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

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 direito⁷.

Desse modo, conclui-se que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, caso à violação ao ordenamento jurídico for suficiente medidas sancionadoras administrativas ou cíveis, não se aplica sanções penais, isto é, o Direito Penal, assumindo um caráter subsidiário, só deve intervir naqueles casos em que as outras searas do Direito forem insuficientes de manter a ordem jurídica. Em suma, verifica-se o caráter limitador do poder estatal em questão, no princípio da intervenção mínima, dado que uma conduta só pode ser considerada criminalizada se constituir meio necessário de resguardar os bens jurídicos penalmente tutelados.

Paralelamente, para o princípio da fragmentariedade, corolário do princípio da intervenção mínima⁸, o Direito Penal só pode agir contra formas intoleráveis de agressão a bens jurídicos penalmente relevantes, pois nem todos os ilícitos são ilícitos penais, dado que esses são uma pequena parte, um fragmento, do ordenamento jurídico. Nesse sentido, “Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”⁹, isto é, não cabe a área penal punir todas as condutas que lesam os bens jurídicos, mas tão somente aquelas ações ou omissões que são proibidas pela ordem jurídica penal, e dessa maneira, delimita o caráter sancionador.

Também se compreende como princípio limitador, o da ofensividade, isso porque uma infração penal só deve ser admitida quando há um perigo concreto, efetivo e real de lesão a um bem jurídico tutelado, então, se a conduta do agente sequer expor a risco tal bem protegido, não deve o Direito Penal intervir. Ainda, tal princípio detém duas funções em um Estado Democrático de direito¹⁰, a função político-criminal e a função interpretativa, aquela visando o caráter preventivo afim de que o legislador tenha conhecimento da exigência de lesividade acerca da conduta a ser proibida, e esta limitando a interpretação do aplicador da lei.

⁷ MUÑOZ Conde, Francisco. **Introducción al derecho penal**, p. 59-60.

⁸ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021. 1 v.

⁹ PRADO, Luiz R. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral**. Arts. 1º a 120. 7 ed. Rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021. 1 v.

2.3 A tripartição dos poderes da União

Com a Revolução Gloriosa de 1688 na Inglaterra, o ideal de um rei soberano e absoluto chega ao seu fim, vigorando, a partir de então, a monarquia parlamentar, assim, todas as funções que antes eram concentradas em uma figura só passam a ser divididas.

Nesse contexto, Montesquieu¹¹, de encontro ao absolutismo, aprimora e esquematiza em sua obra a teoria de que cada função estatal seria correspondente a um de três órgãos independentes entre si, para o francês isso se demonstrava necessário já que “Todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites.”¹², isto é, a concentração de poderes tende a incorrer em uma tirania, portanto, a divisão do poder teria como objetivo equilibrar as liberdades individuais reduzindo o risco do excesso de poder.

Perpetuado este ideal iluminista, é notório seus impactos nos Estados modernos. Entretanto, hodiernamente, os poderes não detêm de separação absoluta ou independência total como pregava a teoria, mas sim de uma interdependência entre si. Como brilhantemente impetrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu Artigo 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹³, os poderes possuem funções distintas contudo gozam de autonomia para atuar, podendo limitar uns aos outros em caso da exacerbação do poder. Adentrando nas funções dos três poderes, cada um é dotado de funções típicas, principal e de funções atípicas, funções acessórias, essa dupla funcionalidade faz-se necessária para manter a autonomia do poder.

O Poder Legislativo, é exercido pelo Congresso Nacional, composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados. Em um Estado Democrático de Direito, esse poder adquire sua legitimidade pelo voto, é representativo, já que todo poder emana do povo. Tem como função típica, legislar e realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Já em suas funções acessórias, em um caráter executivo, o Legislativo administra, dispondo sobre sua

¹¹ Charles-Louis de Secondat, político, filósofo e escritor francês. Prestigiado por sua célebre teoria da tripartição dos poderes.

¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 166

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

organização, gestando órgãos que o compõe, e no caráter jurisdicional, julga, desde Ministros do Supremo Tribunal Federal até o Presidente da República em crimes de responsabilidade.

O Poder Executivo, em um sistema presidencialista como é o adotado pelo Brasil, é exercido pelo Presidente da República auxiliado por seus Ministros de Estado. É unipessoal, concentrando em si a figura de chefe de Estado e chefe de governo. Em sua função principal, atua praticando os atos de chefia de governo, chefia de Estado e de administração; em sua função atípica, legisla, quando adota uma medida provisória, ato normativo primário que possui força de lei.

O Poder Judiciário, é responsável pela administração da Justiça no meio social, é constituído por órgãos judiciais como por exemplo os Tribunais Superiores. Em sua função típica, exerce jurisdição (*ius dictum*), isto é, julga, diz o direito no caso concreto e compõe as lides; em sua função acessória, legisla quando os tribunais realizam seus próprios regimentos internos, e administra.

Perante a complexidade de uma sociedade, os indivíduos recorrem mais e mais ao judiciário visando decisões, entretanto quando o plano jurisdicional ultrapassa os limites da razoabilidade, há um desequilíbrio entre os Poderes.

3 A CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O Poder Judiciário, em sua função típica, é responsável por julgar e solucionar lides, manifestando-se mediante provocação¹⁴. Entretanto, vem ganhando espaço, a intervenção judicial, com duas vertentes, uma, dentro dos limites legais, estabelecidos na própria Carta Magna brasileira, porém, a outra, tem uma interferência indevida nas funções atribuídas constitucionalmente aos Poderes Legislativo e Executivo, colocando em risco a independência dos três poderes. Nessas perspectivas, surge a ideia do ativismo judicial:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...). Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está

¹⁴ Conforme abordado no item 2.3

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.¹⁵

Embora haja divergências na doutrina acerca do conceito, entende-se, que ativismo judicial é a maneira como o Judiciário aplica os preceitos constitucionais afim da concretização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. É pertinente, nessa lógica, destacar a visão crítica do ativismo judicial:

Um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrado);¹⁶

De encontro a essa perspectiva, para os defensores da ideia, o papel do juiz é integrativo, afim de solucionar as lacunas e aplicar a Constituição a situações não previstas expressamente. Porém, entende-se que a recorrente postura ativista dá abertura a insegurança jurídica, já que torna a decisão um mero ato de vontade do julgador. Além disso, promove uma desarmonia entre os poderes prevista constitucionalmente, visto que há uma pretensão do Judiciário perante os outros, colocando em risco o Estado Democrático de Direito, que tem em sua essência os poderes harmônicos entre si.

Fica evidente, portanto, que com esse fenômeno, de caráter supremacista, a tendência do judiciário é ascender em autoridade, enquanto dos Poderes Legislativo e Executivo é entrar em declínio de força e competência.

3.1 A legitimidade do judiciário e o ativismo judicial

Muito se difunde a ideia de que quando o judiciário aplica a Constituição ou as leis, julga-se com base em decisões feitas pelo legislador, eleito democraticamente atuando como o representante do povo, contudo, os membros do Judiciário, possuem ausência de justo título democrático, isto é, não foram eleitos pelo povo, logo, não carregam consigo a legitimidade de decidir para o povo. Entretanto deve-se levar em consideração a particularidade do poder em si.

¹⁵ BARROSO, Luís R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 30.08.2022

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 598

Perante a premissa exposta surge o questionamento: o que é a legitimidade democrática do judiciário?

A legitimidade, por sua vez, não se refere à adequação a preceitos legais, e, sim, ao fundamento de existência da norma ou de alguma instituição. Comumente, um ato jurídico é legítimo se sua fonte de elaboração dispunha de poderes para sua edição ou se constituiu manifestação inequívoca da vontade daqueles que o geraram. O que importa para a configuração da legitimidade é saber se a norma produzida condiz efetivamente com a vontade daqueles que poderiam elaborá-la.¹⁷

É necessário, a priori, entender a diferenciação entre a legitimação representativa, na qual é garantida por meio de uma eleição do povo, e a legitimação legal, quando o juiz fica submetido à lei e à Constituição. Isto é, a essência da legitimação democrática judicial está no papel de garante dos direitos fundamentais, além da tutela de interesses difusos, em manter a estabilidade do sistema democrático. Nesse sentido, pelos poderes terem diferentes missões constitucionais, não é coerente fundamentar da mesma maneira suas legitimidades.

No entanto, a vertente crítica muito questiona a legitimidade judiciária perante o ativismo judicial, levando em conta que os legisladores estão mais habilitados a tomar decisões constitucionais, incorrendo isso na capacidade institucional do judiciário.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.¹⁸

Dessa forma, há de se pensar até que ponto o ativismo judicial é benéfico e a partir de que ponto se torna prejudicial a democracia e a segurança jurídica.

3.2 Os limites da capacidade institucional do judiciário

A perda da legitimidade popular dos governantes em momentos de crise política, leva a população a cobrar dos magistrados uma postura mais ativa na

¹⁷ DENZ, Guilherme. Frederico Hernandes. **A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz**. Disponível em:

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16304-16305-1-PB.pdf>. Acesso em: 13.09.2022.

¹⁸ DWORCKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

solução de seus anseios. A capacidade institucional é determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria¹⁹, situações em que demandam conhecimento específico e técnico.

Levando em conta essa perspectiva, o judiciário, no caso de outro poder ter melhor qualificação para decidir, deve proporcionar à democracia a guarda da Constituição, e garantir a devida observância dos direitos e valores fundamentais. Sendo assim, os juízes devem argumentar com fundamento de diretivas de princípio, e não a política, pois esses argumentos são relacionados a um direito.

Nessa óptica, faz-se necessária a devida observância quanto as limitações dessa capacidade institucional, uma vez que ainda que as decisões que estabeleçam o cumprimento de políticas públicas de caráter socioeconômico, podem comprometer os papéis administrativos e econômicos, se há a uma violência a um direito social fundamental, o judiciário não deve se abster, mas, deve interferir apenas em prol das garantias.

Portanto, a atuação judicial extrapolada das suas capacidades institucionais compromete o planejamento orçamentário que reduz a liberdade de ação do Executivo e dos parlamentares na gestão dos recursos financeiros. Os juízes apreciadores de casos que podem repercutir nas políticas públicas, não podem se esquecer do princípio da margem de ação do legislador, considerando a circunstância de que a administração pública implementa programas de agentes democraticamente eleitos.

3.3 As implicações do ativismo na segurança jurídica

Vale frisar que o ativismo judicial, quando dentro das delimitações legais, é proveitoso e útil a sociedade, já que o legislador não tem como prever todas as soluções para todos os conflitos existentes. Um notório exemplo da benesse do ativismo foi a atuação do Supremo Tribunal Federal em 2011²⁰, onde houve o reconhecimento da união homoafetiva com status de entidade familiar, frente a uma inércia do legislador perante a um desenvolvimento social, o judiciário encontrou

¹⁹ DOS ANJOS, Eduardo. **Ativismo judicial, judicialização e auto-contenção judicial**. Disponível em: <https://rumoodefensoria.com/artigo/ativismo-judicial-judicializacao-e-auto-contencao-judicial>. Acesso em: 06.09.2022

²⁰ Julgamento do Supremo Tribunal Federal, da ADIn 4277 e da ADPF 132

uma solução praeter legem, isto é, não era regulamentada por lei, mas a decisão não foi contra o ordenamento jurídico.

Contudo, em recente decisão²¹, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela criminalização da homofobia como forma do crime de racismo. De acordo com dados de 2018, a cada 19 horas uma pessoa LGBTQIA+ é assassinada no Brasil²², portanto vê-se claramente a necessidade de uma criminalização acerca da homofobia, contudo, a função de legislar é do Poder Legislativo, ou seja, a criminalização deve ser feita através de lei elaborada pelo Congresso Nacional. Nesse sentido, extrapolou o judiciário seus limites jurisdicionais demonstrando uma arrogância perante o Poder Legislativo, já que em termos de lei é ele quem deve ter a palavra.

Por essa razão, relaciona-se a postura política do ativismo com a pressão e demanda popular, isso porque os anseios deturpados da população levam o Judiciário fundamentar suas decisões pela espetacularização. É de suma importância que o ativismo adote uma postura proativa, todavia, é imprescindível que tenha a devida cautela, seguidas as formalidades, para garantir uma atuação judicial legítima.

4 A ESPETACULARIZAÇÃO DA JUSTIÇA E OS REFLEXOS NA SOCIEDADE

Espectáculo é uma representação pública que impressiona ou é destinada a impressionar²³. Nesse sentido, o francês Guy Debord teorizou, há mais de 50 anos, que o espetáculo é a sociedade e ao mesmo tempo parte dela. A teoria é mais atual do que nunca, uma vez que o desenvolvimento globalizante e tecnológico faz com que a sociedade tenha conhecimento do que ocorre no âmbito jurídico, porém com a evolução dos meios de comunicação em massa, a mídia do jornalismo sensacionalista, de má-fé, encontrou uma forma de lucrar, necessitando que a justiça se tornasse midiática e assim a sociedade passa a assistir ao espetáculo do controle sobre o homem.

²¹ Julgamento do Supremo Tribunal Federal, da ADO 26

²² Disponível em: <https://www.mpms.mp.br/noticias/2018/04/a-cada-19-horas-uma-pessoa-lgbt-e-assassinada-ou-se-suicida-no-brasil>. Acesso em: 13.09.2022.

²³ Definição de espetáculo. Disponível em: <https://en.dicionarioinformal.com.br/espet%C3%A1culo/>. Acesso em 13.09.2022

Transmissões ao vivo de julgamentos, noticiários televisivos, foram mecanismos criados visando a transparência e a participação da sociedade ao mundo jurídico, todavia, alguns veículos de comunicação os enxergam como oportunidade para ganharem espaço causando indignação às custas da ignorância do público. O sensacionalismo da mídia, as conclusões leigas e precipitadas acabam implicando em uma insegurança jurídica, uma vez que as falsas alegações da mídia, como por exemplo a criação de um sentimento comum na sociedade de que um indivíduo que cometeu um crime horrendo saiu impune, cria uma falsa realidade de que o Estado é inerte a criminalidade e torna o público sanguinário e vingativo. Nessa direção:

O discurso midiático é atemorizador, porque ele não só apresenta como espetaculariza e dramatiza a violência. Não existe imagem neutra. Tudo que ela apresenta tem que chocar, tem que gerar impacto, vibração, emoção. Toda informação tem seu aspecto emocional: nisso é que reside a dramatização da violência. Não se trata de uma mera narração, isenta.²⁴

Na Roma antiga, a política do “Pão e Circo”, onde jogavam infratores no Coliseu para serem devorados por leões enquanto multidões assistiam, era adotada afim de entreter o povo para mantê-lo sob controle. O tempo passou e a tática continua sendo a mesma, entretanto, agora o Direito, quando se transforma em espetáculo a modo de ser consumido pela sociedade, faz o papel de entretenimento.

Nesse sentido, a espetacularização da justiça somada ao ativismo judicial exacerbado leva a uma politização, criando uma insegurança jurídica, uma vez que inúmeros princípios estarão sendo violados, por exemplo o da impessoalidade, se o espetáculo influencia o ativismo judicial os atos decisivos estarão sendo realizados em prol de interesses vingativos da sociedade, e não do Direito.

Como consequência desse fenômeno, inúmeros casos vêm acontecendo no âmbito jurídico-penal, exemplificando com os mais notórios:

4.1 O caso Lula

Um reflexo da espetacularização é o caso do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. A sociedade parou frente ao espetáculo, afinal não há melhor protagonista do que uma figura política pública de tamanha importância.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo Penal Midiático – Caso mensalão, mídia desruptiva e direito penal crítico**. Saraiva, 2013.

Luiz Inácio foi condenado a 12 anos e 1 mês de reclusão por lavagem de dinheiro e corrupção passiva. Sua prisão só fora possível porque, o Supremo Tribunal Federal, então, havia decidido no sentido de que o cumprimento da pena deve-se iniciar após a condenação em segunda instância, tornando-se explícito a postura política adotada no âmbito judicial, visto que, segundo o art. 283 do Código de Processo Penal “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”, a vedação da prisão pela condenação em primeira instância, nesse caso, estava expressamente prevista.

Ademais, o entendimento é incompatível com o direito fundamental do princípio da presunção de inocência, postulado Constituição como cláusula pétrea. Segundo a Carta Magna brasileira, em seu artigo 5º inciso LXI, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Devido a isso, por ser considerado cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal e quaisquer outras instâncias judiciais jamais poderiam modificar, ou sequer deliberar, qualquer entendimento no sobre a matéria, por uma interpretação limitadora a um direito fundamental.

Além disso, foi inexistente o respeito ao devido processo legal, isso porque para o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, portanto, esse dispositivo garante a legalidade formal, assim como quanto ao conteúdo material, no que se diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, o que foi inobservado no caso.

Assim, é nítido que essas violações tiveram caráter político. O ativismo judicial ocorreu em sentido da politização do Direito, sendo agravado ainda por opiniões políticas populares, do senso comum, dado que a espetacularização do caso o tornou alvo de comoção social.

4.2 O caso Boate Kiss

Outra nítida sequela da espetacularização foi o caso da Boate Kiss, um incêndio causado pelo contato das fagulhas de um artefato pirotécnico, ascendido

por um dos integrantes da banda que se apresentava no recinto, com o revestimento altamente inflamável das paredes e do teto, que deixou 242 mortos na casa noturna. A tragédia gerou tremenda comoção nacional e foi noticiado em grandes veículos de comunicação, a partir de então, não se tratava mais de um julgamento justo, mas sim vingativo, como se punir indevidamente fosse diminuir o sofrimento das famílias das vítimas. Todo o julgamento foi televisionado e transmitido a todos que quisessem assistir como se fosse um reality show.

A opinião pública, agravada pelo sensacionalismo propagados pelos veículos de massa da mídia, assume caráter imediatista, querendo que a punição dos réus fossem a mais severa possível e que ocorresse o quanto antes, sem a preocupação com os direitos e garantias fundamentais garantido aos réus. Como prega o ditado popular, a pressa é inimiga da perfeição, o resultado dessa precipitação foi um processo repleto de nulidades processuais e violações que resultou na anulação do julgamento, pois punir é importante, mas não a qualquer preço.

Dessa forma, percebe-se que o utilitarismo das penas não passou de uma tentativa de um alento às famílias das vítimas decorrente de uma pressão midiática oriunda do show que se tornou o julgamento.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conclui-se que a divisão dos três poderes no âmbito do poder punitivo estatal é de suma importância e deve ser observada pois, como visto ao longo da história, se concentrado em uma única mão, a tendência é ter o poder abusado.

Nesse sentido, verificou-se o ativismo judicial, a forma pela qual o Poder Judiciário aplica os preceitos constitucionais a fim de implementar os valores constitucionais. Entendeu-se que a recorrente postura ativista abre portas à insegurança jurídica, pois torna a decisão um mero ato da vontade do juiz, colocando em risco o Estado Democrático de Direito, que tem em sua essência os poderes harmônicos entre si.

Ainda que seja difundida a ideia de que quando o Judiciário aplica a Constituição ou as leis ao caso concreto, é julgado com base nas decisões do legislador, a perda da legitimidade popular dos governantes em tempos de crise

política, leva a população a exigir uma postura mais ativa dos magistrados. Nesse sentido, se houver violência a um direito social fundamental, o judiciário não deve se abster, mas deve interferir apenas em prol das garantias. Os juízes devem argumentar com base em diretrizes de princípio, e não políticas, pois esses argumentos estão relacionados a um direito.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal decidiu criminalizar a homofobia como crime de racismo. A função de legislar é do Poder Legislativo, ou seja, a criminalização deve ser feita por meio de lei elaborada pelo Congresso Nacional. Demonstrando a extrapolação do judiciário em seus limites jurisdicionais, demonstrando uma arrogância em relação ao Poder Legislativo.

Por isso, a postura política do ativismo está relacionada à pressão e demanda popular. É de suma importância que o ativismo adote uma postura proativa, no entanto, é imprescindível que tenha a devida cautela, seguida de formalidades, para garantir uma atuação judicial legítima.

O Direito, ao se tornar espetáculo para ser consumido pela sociedade, cumpre o papel de entretenimento. Mecanismos criados visando a transparência e a participação da sociedade no mundo jurídico transformaram-se em verdadeiras armas letais à segurança jurídica, pois as falsas alegações da mídia criam a falsa realidade de que a atuação do Estado perante a criminalidade é inerte.

Assim, a prerrogativa judicial ativista, corolário do poder de punir do Estado, somada ao espetáculo midiático, caso não observada nas devidas limitações se demonstra uma grave ameaça a democracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 30.08.2022.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021. 1 v.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. Português, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.

DENZ, Guilherme. Frederico Hernandes. **A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16304-16305-1-PB.pdf>. Acesso em: 06.09.2022.

DOS ANJOS, Eduardo. **Ativismo judicial, judicialização e auto-contenção judicial**. Disponível em: <https://rumoadefensoria.com/artigo/ativismo-judicial-judicializacao-e-auto-contencao-judicial>. Acesso em: 06.09.2022

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo Penal Midiático – Caso mensalão, mídia desruptiva e direito penal crítico**. Saraiva, 2013.

LEAL, Guilherme Bridi. **A força do quarto poder**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61152/a-forca-do-quarto-poder>. Acesso em: 10.09.2022

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21 ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

LIMA, Maria Rosynete O. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MUÑOZ Conde, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2001.

PRADO, Luiz R. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral. Arts. 1º a 120**. 7 ed. Rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ROXIN, CLAUDIUS. **Derecho Penal — Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid, Civitas, 1997. t. I.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

ZEIDAN, Rogério. **Ius puniendi, estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva**. Porto Alegre: Fabris, 2002.