

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS Uni-ANHANGUERA
CURSO DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL E PUNITIVISTA E A SEPARAÇÃO DE
PODERES**

RAFAEL LUCCAS VIEIRA SANTANA

GOIÂNIA
Junho/2019

RAFAEL LUCCAS VIEIRA SANTANA

**ATIVISMO JUDICIAL E PUNITIVISTA E A SEPARAÇÃO DE
PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário de Goiás – Uni-
ANHANGUERA, sob orientação do Professor
Me. Diego de Castilho Suckow Magalhães,
como requisito parcial para obtenção do título
de bacharel em Direito.

GOIÂNIA
Junho/2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

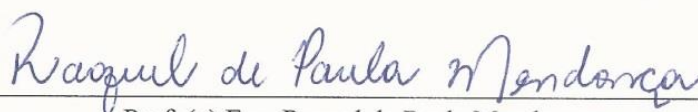
RAFAEL LUCCAS VIEIRA SANTANA

ATIVISMO JUDICIAL E PUNITIVISTA E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás - Uni-ANHANGUERA, defendido e aprovado em 12 de 06 de 2019 pela banca examinadora constituída por:



Prof (a) Me. Diego de Castilho Suckow Magalhães
Orientador(a)



Prof. (a) Esp. Raquel de Paula Mendonça
Membro

RESUMO

A Separação de Poderes é um princípio essencial do Direito e sua adoção está inteiramente ligada à ideia de Democracia. Nos dias de hoje este princípio pode estar ameaçado diante da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial. O trabalho visa analisar o fenômeno do Ativismo Judicial e sua relação com o Princípio da separação dos Poderes além dos riscos que este pode proporcionar a democracia, em especial o Ativismo praticado no Brasil além de debater se no caso brasileiro este instituto tem se tornado um Ativismo Judicial punitivista. A escolha do tema deu-se pela sua relevância bem como pela necessidade de abordar a compreensão e a dinâmica entre o Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes e visa analisar o Princípio da Separação de Poderes, o Ativismo judicial e se este último viola o primeiro e outros princípios fundamentais do Direito. O tema é controverso e existem várias opiniões diferentes sobre o tema, que também serão analisadas neste trabalho. Para tanto será utilizado pesquisa doutrinária e jurisprudencial relacionadas ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Ativismo punitivista. Democracia. Judicialização da Política. Separação de Poderes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
REFERENCIAL TEÓRICO	06
1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	09
1.1 A separação de poderes no Direito Constitucional Moderno	12
1.2 Princípio da separação de Poderes no Brasil	14
2 ATIVISMO JUDICIAL	20
2.1 Conceitos de Ativismo Judicial	25
2.2 Tipos de Ativismo	26
2.3 Distinções entre Ativismo Judicial e Judicialização da Política	28
2.4 Ativismo Judicial “à brasileira”	30
<i>2.4.1 Ativismo Judicial no Habeas Corpus 124306/RJ de Relatoria do Ministro Marco Aurélio</i>	34
3 ATIVISMO JUDICIAL PUNITIVISTA	36
3.1 Decisão que restringiu o foro por prerrogativa na Ação Penal 937	37
3.2 Medida Cautelar que suspendeu o do Decreto Presidencial 9246/2017	39
3.3 Imprescritibilidade no crime de injúria	40
3.4 Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o ônus da prova	43
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A Separação de poderes é um dos princípios mais importantes dentro do Direito, há quem defenda que, sem ele, não existe sequer Democracia, a clássica Separação dos Poderes foi Proposta por Montesquieu em sua obra *O espírito das leis*, 1748, desconcentrando o Poder do Estado e dividindo-o em três. Montesquieu aponta que as funções legislativa, executiva e judiciária deveriam estar separadas de forma independente uma das outras, para evitar o arbítrio e garantir a liberdade individual e da sociedade.

A rígida Separação de Poderes não concilia com a eficiência da atividade pública razão pela qual o Direito Constitucional atual deu uma nova roupagem a este princípio estabelecendo que além de separados os poderes devem exercer suas funções com harmonia e controle recíproco. Contudo qualquer ato de um dos Poderes que ultrapasse os limites constitucionais viola este princípio.

Nos dias atuais muito se tem discutido se a Separação de Poderes está em risco diante crescente Judicialização e decisões ativistas do Poder Judiciário. Acredita-se que o Ativismo tenha surgido em decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos por volta dos anos de 1800, de lá pra cá o fenômeno espalhou-se pelo mundo com variadas formas. Existe na doutrina uma dificuldade em conceituar o Ativismo Judicial, pois a depender da posição adotada em relação ao instituto o conceito muda.

No Brasil a presença do Ativismo tem ocorrido com frequência nas decisões judiciais e com certas peculiaridades próprias que alguns autores denominam de “ativismo à brasileira”. Outra discussão em relação as características do fenômeno em nosso país é se este estaria se transformando em um ativismo punitivista no âmbito do Direito Penal, haja vista que o Poder Judiciário diante da inércia dos outros poderes da República tem apresentado um protagonismo sem precedentes, procurando sempre a condenação do réu em resposta a impunidade exacerbada que se instaurou no país, nem que para isso seja preciso ignorar garantias constitucionais.

A presente pesquisa visa analisar o Princípio da Separação de Poderes, o Ativismo judicial e se há violação do princípio. Além de apresentar o Ativismo específico no Brasil e debater os riscos que este pode acarretar à segurança jurídica e a democracia brasileira.

REFERENCIAL TEÓRICO

Tendo em vista a necessidade de um estudo aprofundado sobre o Ativismo Judicial, uma vez que reflete diretamente na democracia e na segurança jurídica do País, é importante que se realize uma pesquisa sobre o fenômeno, este referencial teórico busca apresentar os pontos essenciais desse estudo, apontando os posicionamentos dos principais autores que servirão de base para pesquisa.

O termo Ativismo Judicial foi utilizado pela primeira vez pelo jornalista Arthur Schlesinger, em 1947, em uma reportagem sobre o perfil dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nesta reportagem, Schlesinger classifica como ativistas os juízes que adotavam uma postura mais enérgica no controle de constitucionalidade das leis federais que versavam sobre direitos fundamentais (SCHLESINGER, 1947).

Acredita-se que o fenômeno do Ativismo Judicial tenha surgido em decisões da Suprema Corte no início do século XVII e desde então já apresenta a principal incógnita do instituto, qual seja, até que ponto o Ativismo é benéfico para a sociedade? Qual é seu limite? Uma vez que desde o seu surgimento são proferidas decisões que ora concretizam direitos fundamentais ora os restringe (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017).

Com o nascimento do instituto surgiu também a indagação no meio jurídico se o mesmo fere o Princípio da Separação dos Poderes. Tal princípio, como na maioria dos demais países ocidentais, foi adotado pelo Brasil e se encontra consagrado no art. 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O modelo tripartite de separação de poderes foi elaborado por Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu, em sua obra *O espírito das Leis*, 1748 (MONTESQUIEU, 2000).

De acordo com Montesquieu (2000, p. 167-168):

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo e o poder daquelas que dependem do direito civil... A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião de cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer o outro... Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador, se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter força de opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de

executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Uma vez que o Poder Judiciário toma decisões extensivas/criativas, para além do direito positivado, tendo como fundamentação os seus próprios princípios éticos e morais, há uma violação do Princípio em questão.

O jurista Lenio Luiz Streck é um dos principais críticos em relação ao posicionamento ativista dos membros do Judiciário, e em sua obra “HERNÊUTICA JURÍDICA (E)M CRISE”, como em várias outras, questiona a legitimidade do Poder Judiciário em decidir questões de cunho moral e política (STRECK, 1999).

Streck declara que os juízes se valendo da Constituição Federal e da força normativa de seus princípios dizem o direito de acordo com suas próprias concepções, se sobrepondo ao legislador. Quando existe uma discordância da constituição cria-se um princípio e o postula perante o judiciário, afastando a discussão Política limitando o seu julgamento a um baixo número de juízes sem nenhuma representatividade uma vez que não são eleitos pelo povo (STRECK, 1999).

De acordo com Streck (2009, s/p):

O cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição. Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais. A moral ou a política não corrigem o Direito. Juiz nenhum pode pensar assim. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito.

Existem, na doutrina, posições favoráveis ao instituto, que também serão analisadas na pesquisa, que defendem que o mesmo serve para concretização dos Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição Federal, é o caso do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso.

Para Barroso (2009, p.3):

A idéia 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: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a

imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Os autores e obras citados serão as principais fontes para a presente pesquisa que além destes também se utilizará de outros autores que debatem o tema do Ativismo Judicial e suas consequências.

1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O Princípio da Separação dos Poderes visa desconcentrar o poder do Estado a fim de evitar que ele o exerça de forma arbitrária e abusiva, de maneira que seja assegurado o Estado Democrático de Direito. Essa separação deve acontecer de forma equilibrada entre os que exercem as funções estatais. Dada a relevância desse princípio para ordem democrática o mesmo será estudado para que em momento posterior se discuta a sua vigência nos dias atuais.

Segundo Ferreira Filho (2015, p. 161), “a necessidade de prevenir o arbítrio, ressentida onde quer que haja apontado a consciência das individualidades, leva à limitação do poder, de que a divisão do poder é um dos processos técnicos e, historicamente, dos mais eficazes”.

Conforme ensina Ferreira Filho não há nem pode haver Estado sem poder, o poder é uno, contudo o mesmo pode ser exercido concentrado em um único órgão ou dividido entre órgãos distintos. Como exemplo clássico da forma concentrada do poder cita-se a monarquia absoluta, esta concentração é um risco à segurança da sociedade, pois condiciona que o detentor do poder aja com arbitrariedade de acordo com que lhe é mais conveniente, conforme o “capricho do momento”, que pode vir colocar em risco a liberdade individual (FERREIRA FILHO, 2015).

O Princípio da Separação dos Poderes tem esse propósito primordial que é evitar a arbitrariedade com intuito de proporcionar maior segurança para o indivíduo e a sociedade frente ao poder do Estado. A separação dos poderes foi discutida por diversos pensadores, em especial por Montesquieu, até ser consagrada na forma atual.

A origem da separação dos poderes remonta a Aristóteles, no século IV a.C., que contribuiu para a identificação dos três poderes do Estado. O pensador os traz, em sua obra *Política*, com a denominação de: deliberativos, executivos e judiciais (ARISTÓTELES, 1998).

Apesar de ter distinguido as funções estatais Aristóteles não vislumbrou sua separação, pois entendia que apesar de distintas devessem ser exercidas por uma única pessoa, o soberano (VASCONCELOS, 2016).

Posteriormente Maquiavel, no século XVI, também trata do tema da separação dos poderes. O pensador em sua obra, *O Príncipe*, 1532, percebe o Poder Executivo na figura do Rei, o Poder Legislativo exercido pelo Parlamento e um Poder Judiciário autônomo (MAQUIAVEL, 2010).

Vale destacar que, para Maquiavel, o Judiciário garantia benefícios ao Rei, uma vez que, por ser independente resolveria as lides da sociedade sem que fosse necessária a intervenção do monarca na solução dos conflitos o que evitaria um desgaste de sua imagem (DALLARI, 2011).

O Reino Unido, pioneiro na composição de um Estado de Direito, regido por um documento de natureza constitucional, foi o primeiro a estabelecer a separação dos poderes. em meados do século XVII. Por meio do “*Segundo Tratado sobre o Governo Civil*” escrito por John Locke que pretendia fundamentar de maneira racional o novo modelo de Estado estabelecido na Inglaterra (BARCELLOS, 2018).

Locke apresenta quatro funções fundamentais as quais deveriam ser exercidas por dois órgãos. A função legislativa ficaria a cargo do Parlamento, a função executiva do Rei ainda se desdobraria em outras duas funções, a federativa relacionada aos atos diplomáticos e a prerrogativa conceituada como “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras” (LOCKE, 2006).

Embora o objetivo de Locke fosse combater o absolutismo, o pensador não se atentou que a insubordinação das funções públicas serviria de pretexto para a arbitrariedade quando houvesse excessos (DALLARI, 2011).

Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*, 1748, elabora a denominada, clássica separação dos poderes, que defende ser imprescindível que o Estado se estruture em três poderes específicos; Legislativo, Executivo e Judiciário, com as respectivas funções de legislar, administrar e julgar. Montesquieu afirma que além da distinção das três funções é necessário que cada uma seja confiada a um órgão específico (MONTESQUIEU, 2000).

Este Modelo viria a ser um preceito constitucional dos Estados Democráticos de Direito.

Ao analisar da Constituição da Inglaterra Montesquieu (2000, p. 167-168) apresenta sua teoria tripartite:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo e o poder daquelas que dependem do direito civil. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião de cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer o outro... Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador, se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter força de opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de

executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Montesquieu aponta que não basta a mera repartição das funções, pois mesmo divididas em órgãos diferentes, estes podem exercer a função que lhe foi confiada com arbitrariedade. Para evitar esse impasse se faz necessário a criação de um mecanismo de interferência entre os poderes de tal modo que exista um equilíbrio, pois apenas o Poder seria capaz de controlar o próprio Poder (CUNHA JR., 2012).

A respeito do sistema de controle recíproco Montesquieu (2000, p. 172):

Chamo de *faculdade de estatuir* ao direito de ordenar por si mesmo ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo *faculdade de impedir* o direito de anular uma resolução tomada por outrem; o que era o poder dos tribunos em Roma. E ainda que aquele que possua a *faculdade de impedir* também possa ter o direito de aprovar, no entanto, esta aprovação não é mais do que uma declaração de que ele não faz uso da *faculdade de impedir* e deriva desta *faculdade*.

Nota-se que a separação dos poderes não pode ser absoluta ela deve funcionar de forma equilibrada. Cada Poder deve fiscalizar e corrigir os demais, além de garantir sua autonomia perante estes.

Com intenção de limitar o poder do Estado, a separação dos poderes como princípio passou a ser materializada.

Já na *Declaração de Direitos de Virgínia*, 1776, criada para assegurar direitos naturais do ser humano em um contexto que os Estados Unidos da América passavam por um processo independência, prescreve em seu artigo 5º que “que os poderes executivos e legislativos do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário.” (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA, 1978).

Posteriormente também nos Estados Unidos, em um dos artigos de “*Os Federalistas*” Madison escreve que “A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria definição da tirania.” (MADISON, 1993).

Esse pensamento foi contemplado na elaboração da Constituição Americana em 1787 que foi a primeira a estabelecer o modelo proposto por Montesquieu.

Em 1789 o Princípio da Separação dos Poderes foi consagrado na “*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*” documento resultante da Revolução Francesa que proclama os direitos dos seres humanos como universais. Dispõe o seu artigo 16 que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação

dos poderes não tem Constituição.” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1978).

A partir de então o Princípio da Separação dos poderes tornou-se um dogma constitucional ligado diretamente a ideia de Democracia.

Dallari (2012, p. 76), ao analisar o tema da separação dos poderes, afirma:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitida, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

O Princípio da Separação dos Poderes foi pensado e desenvolvido ao longo do tempo até ser consagrado na forma atual. A separação dos poderes divide as funções estatais e estabelece um mecanismo de controle entre elas para assegurar que não sejam exercidas com discricionariiedade, funciona como uma limitação do poder do Estado.

1.1 A Separação de Poderes no Direito Constitucional Moderno

No contexto histórico apresentado anteriormente, que deu início a adoção do Princípio da Separação dos Poderes, o que se pretendia era a limitação máxima do poder estatal com objetivo de romper de vez com o absolutismo. Contudo, os Estados Democráticos tiveram que adotar uma postura mais intervencionista, para que fosse garantido certos direitos fundamentais, o que tem exigido uma leitura menos rígida da separação dos poderes.

No Direito Constitucional moderno, observou-se que mesmo mantendo-se na clássica ideia de Tripartição de Poderes, se interpretada na sua literalidade, é inapropriada a um Estado que visa garantir o bem estar social, A separação de poderes deve acontecer dentro de um sistema de controles recíproco denominado “*check and balance*,” em tradução para o português, “freios e contrapesos.” (MORAES, 2018).

De acordo com Agra (2018, p. 160):

A visão de Montesquieu apresenta algumas deficiências. A separação de poderes por ele formulada não se identifica com a concebida na atualidade – sua importância reside no fato de ter sido o ponto inicial para a evolução da repartição de poderes, até chegar à forma praticada nos dias atuais. Exemplo da primariedade da repartição de poderes por ele estruturada é que o Executivo exerceria competência sobre uma matéria jurídica, o direito das gentes, cabendo ao Judiciário exercer competência sobre o Direito Civil.

A teoria tripartite de Montesquieu impactou a filosofia política e as Constituições do século XVIII, porém verificou-se que a Separação absoluta dos Poderes pode gerar vários conflitos e até mesmo ineficiência da atividade pública.

Montesquieu já realçava que além da separação era preciso que entre os poderes houvesse harmonia e que se limitassem. Atualmente o princípio passou a ter uma nova percepção que proporciona uma maior cooperação entre os poderes (MONTESQUIEU, 2000).

A expansão das atividades ocasionou no surgimento de um novo relacionamento entre os poderes. A atuação isolada de outrora dá lugar ao sistema de freios e contrapesos (*check and balances ou balance of powers*) na qual cada órgão passa a ser fiscalizador dos demais principalmente no cumprimento das regras constitucionais (PUCCINELLI, 2015).

Com o passar dos anos o conjunto de normas passou a ser bem mais complexo e numeroso não conciliando com a clássica Separação dos Poderes. Não há como o Legislativo atuar sem considerar o que já foi e está sendo feito pelo Executivo e seus recursos disponíveis. O Executivo, por sua vez, não pode ficar na dependência de um processo legislativo moroso às vezes não bem concluído, para só depois atender os anseios urgentes da sociedade (DALLARI, 2011).

Mesmo diante da necessidade de adequação aos tempos de hoje, o Princípio da Separação dos Poderes está totalmente vinculado a ideia do regime democrático, por isso o evidente receio em violá-lo, em vez disto procura-se outras soluções, que proporcione maior eficiência ao Estado mantendo a Separação dos Poderes.

Dentre essas soluções Dallari (2011, p. 220) destaca duas a “Delegação de poderes” e a “Transferência constitucional de competências”. O autor faz seguinte classificação:

Delegação de poderes. Recebida de início com muitas reservas e despertando forte resistência, a delegação de poderes, sobre tudo a delegação de poder legislativo, foi aos poucos penetrando nas Constituições. Atualmente, superada já a fase de resistências, admite-se como fato normal a delegação, exigindo-se apenas que seja limitada no tempo e quanto ao objeto. Os que ainda tememos efeitos da delegação

não a recusam totalmente, sustentando, porém, que certas competências devem ser consideradas indelegáveis.

Transferência constitucional de competências. Outra ocorrência mais ou menos frequente é a transferência de competências, por meio de reforma constitucional ou até da promulgação de novas Constituições. Por esse meio, obedecendo rigorosamente o processo de emenda à Constituição ou pelo uso de um processo autêntico de elaboração constitucional, têm surgido novas Constituições que não se apegam rigidamente à teoria dos freios e contrapesos, embora mantenham a aparência de separação de poderes. Isso tem ocorrido, nos últimos tempos, visando a aumentar as competências do poder executivo, dando como resultado a manutenção de órgãos do poder legislativo que conservam sua estrutura tradicional, mas têm um mínimo de participação na formação da vontade do Estado.

Ante o exposto importa falar em função típica e atípica. Por meio de uma interpretação flexível e menos rígida os Poderes exercem funções de natureza diferente da sua originária, em casos específicos previstos na própria Constituição o que permite, por exemplo, o Executivo ou Legislativo exerça função judicial ao julgar seus membros em processo administrativo (PUCCINELLI JR., 2015).

Assim além das funções típicas, quais sejam a do Legislativo legislar, do Executivo administrar e do Judiciário julgar os conflitos, os órgãos do Poder também poderão desempenhar funções atípicas quando for conveniente e essencial para garantir sua independência e estiverem autorizados pela Constituição (PUCCINELLI JR., 2015).

Segundo Puccinelli Junior (2015, p. 606):

É dizer, a rígida separação cede lugar a um novo modelo no qual cada poder acaba por exercer, em maior ou menor grau, as três funções estatais, sendo uma em caráter principal e as demais de forma excepcional e apenas quando houver autorização constitucional para tanto.

Hoje, o Princípio da Separação dos Poderes foi adequado ao atual modelo de Estado. A separação dos poderes é estabelecida de forma independente e harmônica. Os poderes funcionam dentro de sistema de controle entre si, fiscalizam uns aos outros e também exercem funções que não lhe são próprias.

É de suma importância que tal mecanismo aconteça nos moldes normatizados na Constituição, nunca extrapolando os limites impostos pela Carta Magna para que o Princípio não seja violado.

1.2 Princípio da separação de Poderes no Brasil

A separação dos poderes é inevitável em uma democracia, e todo Estado que pretenda assegurar a liberdade individual deve adotar este princípio. O Brasil não foge à regra

estrutura-se na repartição dos três poderes, que tem status de cláusula pétrea, por isso não pode ser alterado nem mesmo por emenda à Constituição.

Como a concentração do poder, o Estado Democrático, a liberdade individual não andam juntos, um sistema constitucional “moderado” e “equilibrado” deve confiar suas funções governamentais à órgãos distintos e especializados como propôs Montesquieu (MONTESQUIEU, 2000).

A partir dessa ideia todas as Constituições brasileiras adotaram o Princípio da Separação dos poderes como fundamental para a “estrutura e organização política do Estado” e também indispensável para um Estado que visa garantir os direitos fundamentais à sociedade.

Na primeira Constituição brasileira a Constituição do Império, 1824, prescrevia que “A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (art. 9º) nesta Constituição foi adotado um quarto Poder conhecido como Moderador, tinha como função ponderar os outros três poderes e era de competência privativa do Imperador. Não havia uma plena separação dos poderes, uma vez que os três poderes tradicionais estavam sujeitos a controle do Poder Moderador que pertencia ao Imperador (BRASIL, 1824).

Já a Constituição de 1891, a Constituição da República, que pôs fim ao imperialismo no Brasil, foi elaborada com base na teoria tripartite proposta por Montesquieu e trazia em seu texto constitucional que “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário harmônicos e independentes entre si” (art. 15), a doutrina entende que neste período houve uma preponderância do Executivo sobre os demais poderes em razão da “ação poderosa do presidente da república” motivo pelo qual os próximos constituintes iriam dar maior relevância ao Poder Legislativo (BRASIL, 1891).

Na Constituição de 1934 foi estabelecido que “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”, também foi vedado que um Poder delegasse sua função a outrem e que o membro investido na função de um poder não poderia exercer a de outro. Nessa Constituição o Legislativo teve uma maior hegemonia que os demais, uma vez, que era de competência do Senado “coordenar os Poderes federais entre si” (art.88) (BRASIL, 1934).

A “Carta autoritária” de 1937 não dispôs claramente sobre a Separação dos Poderes, e outorgou um “super poder” ao Presidente da República, que estava autorizado a dissolver a Câmara dos Deputados, se esta não aprovasse as medidas de estado de sítio, tornar sem efeito,

por intermédio do Parlamento decisões do Poder Judiciário, entre outros atos autoritários, sendo considerada uma “verdadeira ditadura constitucional.” (BRASIL, 1937).

A Constituição de 1946 restabeleceu a Democracia no país e dispunha que “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si” (art. 36) (BRASIL, 1946) e a mesma redação foi mantida pela Constituição de 1967 (art. 6º), na Emenda n. 01/69 (art. 6º) (BRASIL, 1967) e pela nossa Carta Magna atual de 1988 (BRASIL, 1988).

Por fim a Constituição Federal, conhecida como Constituição Cidadã, de 1988, pautada, sobretudo na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, consagrou o princípio em seu artigo 2º e ainda o elevou a categoria de clausula pétrea em seu artigo 60 § 4.º, III impedindo qualquer projeto de deliberação a proposta de emenda que vise abolir a Separação dos Poderes (BRASIL, 1988).

A constituição prescreve que os Poderes devem ser independentes e harmônicos entre si. Silva (2014, p. 112) em relação a independência e harmonia entre os poderes que trata o artigo 2º da Constituição Federal ensina que:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tomaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação de juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96 e 99).(2014, p. 112) (Grifei)

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder em sua independência são absolutas. Há interferências, que visam "ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à 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". (Grifei)

É preciso esclarecer que o que determina a independência entre os órgãos governamentais não é a exclusividade da prática de sua função típica e sim a predominância no seu exercício que é o que caracteriza a harmonia entre eles.

Na tradicional Separação dos Poderes as funções são legislativas, executivas e judiciárias são respectivamente exercidas pelos órgãos competentes. Junto com as funções “típicas” também são exercidas, não de forma “prioritária” e sim “subsidiária” funções diferentes da sua originária, as chamadas funções “atípicas” que são realizadas para garantia de sua autonomia e independência. Não seria conveniente, por exemplo, que para investir seus membros o Legislativo e o Judiciário dependessem do Executivo, desta forma existe situações em que um Poder, “em caráter excepcional e provisório” exerça a função competente aos outros Poderes (CUNHA JR., 2012).

É importante notar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua não havendo aí ferimento ao Princípio da Separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.

Como exemplos de harmonia entre os poderes no Brasil pode-se citar o fato de o Poder Legislativo, que tem como função típica legislar, também ser à ele atribuída a função de fiscalizar os atos do Poder Executivo com apoio do Tribunal de Contas da União. Também o controle de constitucionalidade que tem o Poder Judiciário sobre os atos dos outros poderes, podendo quando estes violar a lei ou a Constituição invalidar sua aplicação (VASCONCELOS, 2016).

Lenza (2018) demonstra, na tabela abaixo exemplos das funções típicas e atípicas de cada Poder:

Tabela 1. Exemplos das funções típicas e atípicas de cada poder:

ÓRGÃO	FUNÇÃO TÍPICA	FUNÇÃO ATÍPICA
LEGISLATIVO	■ legislar ■ fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo	■ Natureza executiva: ao dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores etc. ■ Natureza jurisdicional: o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I)
EXECUTIVO	■ prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração	■ Natureza legislativa: o Presidente da República, por exemplo, adota medida provisória, com força de lei (art. 62) ■ Natureza jurisdicional: o Executivo julga, apreciando defesas e recursos administrativos
JUDICIÁRIO	■ julgar (<i>função jurisdicional</i>), dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei	■ Natureza legislativa: regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, “a”) ■ Natureza executiva: administra, v.g., ao conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários (art. 96, I, “f”)

Fonte: Lenza (2018)

José Afonso da Silva também trata das exceções ao princípio, o autor explica que Constituições anteriores traziam de forma especificada a vedação da delegação das funções e de que o membro investido em uma das funções exerce a e outro Poder, por isso tal especificação é dispensável uma vez que os limites e exceções são provenientes de normas que podem ser encontradas dentro do corpo constitucional (SILVA, 2014).

Silva (2014, p.113) enumera alguns exemplos de exceções ao princípio da Separação dos Poderes:

Exceção ao princípio é, por exemplo, a permissão de que Deputados e Senadores exerçam funções de Ministro de Estado, que é agente auxiliar do Presidente da República, Chefe do Executivo, bem como de Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Prefeitura de Capital ou de missão diplomática temporária (art. 56); também o é a regra do art. 50 que autoriza a convocação de Ministros de Estado perante o plenário das Casas do Congresso ou de suas comissões, bem como o seu comparecimento espontâneo para expor assunto relevante do seu Ministério. As exceções mais marcantes, contudo, se acham na possibilidade de adoção pelo Presidente da república de medidas provisórias, com força de lei (art. 62).

É de suma importância que a Separação dos Poderes seja exercida com equilíbrio num sistema que chamamos de “freios e contrapesos”, e um Estado que vise assegurar a liberdade e direitos fundamentais deve estabelecê-lo, o Brasil não foge a regra e está previsto em sua Constituição determinados atos que visam garantir esse equilíbrio.

Lenza (2018, p.573-574) elenca os artigos da Constituição Federal em que se verifica este sistema de interferência recíproca:

Art. 5º. XXXV: o Poder Judiciário pode rever atos de determinada CPI (Legislativo) que extrapolem o postulado da reserva constitucional de jurisdição, quando, por exemplo, o seu presidente expede um mandado de busca e apreensão em total violação ao art. 5.o, XI;

Art. 52, I: compete privativamente ao Senado Federal (Legislativo) processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República (Executivo) nos crimes de responsabilidade;

Art. 53, § 1.o, c/c o art. 102, I, “b”: eventual condenação pelo STF (Judiciário) de parlamentar federal corrupto (Legislativo) que se vale de seu cargo para indevidamente enriquecer (cf. julgamento do denominado “mensalão” na AP 470);

Art. 62: as medidas provisórias adotadas pelo Presidente da República (Executivo) poderão ser rejeitadas pelo Congresso Nacional (Legislativo);

Art. 66, § 1.o: o Chefe do Poder Executivo pode sancionar ou vetar projetos de lei aprovados pelo Parlamento (Legislativo);

Art. 66, §§ 4.o a 6.o: o Parlamento (Legislativo) poderá “derrubar” o veto lançado pelo Chefe do Poder Executivo;

Art. 66, § 7.o: se a lei não for promulgada dentro de 48 horas pelo Presidente da República (Executivo), nos casos dos §§ 3.o e 5.o, o Presidente do Senado (Legislativo) a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado (Legislativo) fazê-lo;

Art. 63, I e II: cabe emenda parlamentar (Legislativo) em projeto de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República (Executivo);

Art. 64, § 1.o: o Presidente da República (Executivo) poderá solicitar urgência para o Parlamento (Legislativo) apreciar os projetos de sua iniciativa;

Art. 97: os juízes (Judiciário) poderão declarar a inconstitucionalidade de lei (Legislativo) ou ato normativo do Poder Público (inclusive, como exemplo, de decretos autônomos elaborados pelo Executivo);
Art. 101, parágrafo único (c/c o art. 52, III, “a”, e o art. 84, XIV): os Ministros do STF (Judiciário) serão nomeados pelo Presidente da República (Executivo), depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (Legislativo).
Art. 102, I, “a”: compete ao STF (Judiciário) declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (Legislativo).

É certo que o Princípio da Separação dos Poderes é fundamental para que possamos ter garantida a liberdade individual e que no Estado em que não é consagrada, a sociedade está à mercê do autoritarismo e da arbitrariedade. A clássica Separação dos poderes deve ser adequada aos tempos contemporâneos que exige uma maior harmonia, devendo existir uma maior comunicabilidade entre os poderes, porém é preciso sempre observar o que a Constituição determina, nunca ultrapassando seus limites, usurpando a função originária de outro Poder, para que o princípio não seja violado e sua intenção se concretize na prática.

Acontece que a Separação dos Poderes brasileira tem passado por um momento muito delicado com o Executivo e o Legislativo enfraquecidos onde muitas vezes se mantêm inertes diante dos anseios sociais além de enfrentarem uma enorme falta de credibilidade por parte da sociedade.

Fato esse que tem dado um maior destaque ao Poder Judiciário que tem sido, cada vez mais, provocado a sanar essa deficiência dos demais poderes acarretando o fenômeno da Judicialização Política.

A Judicialização tem proporcionado que ao julgar determinados casos, o membro do Poder Judiciário extrapole sua competência fazendo uma interpretação extensivo-criativa da norma jurídica, utilizando-se de seus próprios critérios morais e consciência agindo de forma ativista.

O Ativismo Judicial é bastante criticado uma vez que se questiona a legitimidade dos julgadores que não foram eleitos por voto popular e, portanto não possuem representatividade, além de caracterizar uma clara interferência do Judiciário nas funções dos outros poderes colocando em risco a Separação de Poderes. O tema é controverso, encontra-se diferentes pontos de vista, e será analisado nos demais capítulos.

2 ATIVISMO JUDICIAL

No contexto atual do Estado brasileiro tem-se discutido a não observância do Princípio da Separação dos Poderes pelo Poder Judiciário ao proferir suas decisões. Em decorrência dos problemas que os demais Poderes da República têm enfrentado o Judiciário é, cada vez mais, provocado para decidir questões políticas e morais, o que foge da esfera de sua função constitucionalmente estabelecida.

Diante da inércia dos demais poderes, membros do Poder Judiciário, em especial dos Tribunais Superiores, ao julgarem essas demandas, têm adotado uma postura ativista utilizando-se de interpretações ora restritivas, ora extensivas, ou até mesmo criativas como ficará demonstrado nos exemplos que serão analisados no decorrer da presente pesquisa.

Acredita-se que o termo Ativismo Judicial foi usado pela primeira vez por Arthur Schlesinger, em 1947, revista *Fortune*, na reportagem “*The Supreme Cort*” na qual ele faz uma análise da Suprema Corte dos Estados Unidos (SCHLESINGER, 1947).

Luiz Flávio Gomes ao analisar o artigo de Schlesinger explica o que seria o Ativismo Judicial para o jornalista: “caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos” (GOMES, 2009).

Neste artigo Schlesinger examina o perfil de nove juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos e faz uma distinção entre o que ele denominou: “juízes ativistas e os de autolimitação”. Foram classificados como ativistas os juízes Black, Douglas, Murphy, e Rutlege por suas atuações ativas em promoção do bem-estar social (VALLE, 2009).

O autor usa o termo ativismo justamente para indicar o oposto da autorrestrição judicial. Em sua análise sobre o tema ele aponta as diferentes posições dos juízes da Suprema Corte Americana e a disputa por poder entre eles, o que resultou no que ele classifica como: “conflito fundamental sobre a própria função do judiciário em uma democracia”. O jornalista Considera como principais representantes das duas posições Hugo Black e Felix Frankfurter, que serão analisadas a seguir (CAMPOS, 2014).

Hugo Black foi considerado por Schlesinger o “campeão do ativismo judicial.” Black ao interpretar a Constituição Americana e a *Bill of Rights* acreditou ter estas incumbido ao Poder Judiciário o dever de concretizar as liberdades constitucionais e a limitação dos demais poderes. Segundo a interpretação do juiz o Congresso deveria ser

afastado da matéria dos direitos individuais, que passariam a ser protegidos pelas Cortes (CAMPOS, 2014).

Black apesar de ser defensor do “textualismo”, prática de interpretar estritamente a linguagem específica da lei, entendia que em princípio a interpretação textualista não era apropriada para a concretização ideológica da Constituição. Daí então o paradoxo, Black chegou ao ativismo por meio do “textualismo.” Apesar de defender a restrição metodológica o juiz aproveitou-se de “oportunidades normativas” para preponderar valores próprios sobre a Constituição (CAMPOS, 2014).

Ao contrário de Black, Frankfurter tinha um posicionamento totalmente autorrestritivo e antiativista. Frankfurter não acreditava na supremacia do Poder Judiciário e defendeu que este deveria decidir “casos e controvérsias e não criar um mundo novo.” De acordo com o juiz função judicial deve atrelar-se à vontade da sociedade democrática. Interpretar a lei, além do que pronunciou o legislador, seria usurpar o poder que a sociedade democraticamente confiou à este (CAMPOS, 2014).

Pode-se dizer que o fenômeno do Ativismo Judicial tem origem em decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos onde primeiro se teve notícia do confronto de ideias referentes ao tema.

Sobre a relação entre o Ativismo Judicial e a Corte Americana, Barroso (2018, p. 487-488):

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. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.

Várias são as decisões da Suprema Corte Americana consideradas como ativistas que mudaram não apenas o perfil da Corte, mas também a sociedade americana, como se dispõe a diante. Como exemplos clássicos do ativismo desta Corte destacam-se as decisões de *Marbury versus Madison*, *Dred Scott versus Sandford*.

A Corte Americana, em 1803, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, ocasião em que o voto de Jhon Marshal declarou o poder da Corte de julgar a inconstitucionalidade de leis federais e não aplicá-las quando estas violarem a Constituição.

O caso envolveu o *writ of mandamus* (mandado de segurança), por meio do qual William Marbury pretendia tomar posse do cargo de juiz de paz, pois havia sido nomeado pelo então presidente John Adams, mas tivera a nomeação cassada pelo Secretário de Estado James Madison no novo governo de Thomas Jefferson (CAMPOS, 2014).

A Suprema Corte Americana chegou a reconhecer o direito de Marbury, porém entendeu não ser competente para julgar o referido remédio constitucional, pois embora houvesse lei federal que estabelecia a competência desta para julgar os atos praticados pelas autoridades estatais, esta lei violava a Constituição porque ampliava a competência da Suprema Corte sem nenhuma previsão constitucional, portanto não deveria ser aplicada (CAMPOS, 2014).

Esta decisão foi a primeira a declarar o poder de *judicial review*, que é a doutrina constitucional que dá o poder ao Judiciário de invalidar os atos, de outro Poder, que entender como inconstitucional, da mencionada Corte também é o primeiro registro do caráter “multidimensional” do Ativismo Judicial e como ele atende a fatores diferentes dos legais (CAMPOS, 2014).

Meio século depois, a Suprema Corte no caso Dred Scott v. Sandford voltaria a praticar o *judicial review* e declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, porém desta vez com uma decisão nem um pouco conveniente. A decisão reconheceu a constitucionalidade da escravidão e é considerada uma das decisões mais infame desta Corte (CAMPOS, 2014).

Dred Scott pleiteava sua liberdade, uma vez que, havia residido em Estados nos quais a escravidão era proibida e por isso teria conquistado a liberdade por força do Princípio, adotado na época, *once free, always free* que traduzido para o português “livre uma vez, sempre livre.”

Em primeira instância Scott obteve seu direito de liberdade reconhecido. Contudo, a Suprema Corte, por se tratar de um negro, não reconheceu sequer sua legitimidade para discutir a questão naquela Corte, pois ao não considerar Scott como cidadão esta entendeu não ter ele capacidade processual para estar em juízo (CAMPOS, 2014).

Sobre esta decisão Campos (2014, p. 37) faz o seguinte comentário:

Em março de 1857, a Corte decidiu que Dred Scott não tinha legitimidade processual para discutir a liberdade nas cortes federais do país. O Chief Justice Roger Taney, que “então produziu o mais desastroso voto já emitido pela Suprema Corte”, disse não ser Dred Scott “membro da comunidade política formada e levada à existência pela Constituição”, mas sim, um “Negro” “cujos ancestrais foram trazidos a este país [...] vendidos como escravos”, e que eram considerados, ao tempo da promulgação da Constituição, “uma classe de seres humanos subordinada e

inferior, que tinha sido subjugada pela raça dominante, e mesmo que emancipados, ainda permaneceriam sujeitos a sua autoridade.”.

Diante desses dois casos clássicos de Ativismo Judicial nota-se a complexidade do fenômeno. Se de um lado o instituto pode ser usado para concretizar um direito fundamental garantido pela constituição, por outro, abre margem à arbitrariedade judiciária, pois permite que os juízes decidam de acordo com sua própria moral e seus próprios valores, que nem sempre representam os mesmos da sociedade.

2.1 Conceitos de Ativismo Judicial

Nota-se também que desde o surgimento do Ativismo Judicial, assim como atualmente, existem posições divergentes sobre o tema que se divide entre os seus afetos que o enxergam como um mecanismo de concretização e os seus opositores que defendem que o mesmo é incompatível com a democracia e viola a Separação dos Poderes. Afinal o fenômeno surgiu justamente desse conflito. Talvez por isso não haja uma conciliação em relação a sua conceituação.

O Ativismo Judicial está relacionado com a intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes. Com isto, o fenômeno assume variadas “formas e conotações”, o que torna difícil sua definição conceitual, prova disto é que ao consultar alguns dos principais vocabulários jurídicos norte-americanos não se encontra um consenso (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017).

O dicionário *Merriam-Webster's Dictionary of Law* define o termo “ativismo” como: “prática do Judiciário de proteger ou expandir os direitos individuais através de decisões que se diferem dos precedentes ou que independem da intenção constitucional do legislativo.” (MERRIAM-WEBSTER, 1996, p. 270).

No *Black's Law Dictionary* encontra-se a seguinte definição de Ativismo Judicial:

A filosofia da decisão judicial que leva os juízes a se afastarem dos precedentes em favor de novas e progressistas políticas sociais que nem sempre correspondem às expectativas da Corte, representando, ocasionalmente, uma invasão em questões legislativas e executivas (BLACK, 1983, p.440).

Já o *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*: “[...] empreenderem na criação de lei, e não meramente na sua interpretação, em oposição a

autoconcentração judicial, que aconselha os juízes a resistir à tentação de influenciar políticas públicas através de decisões judiciais” (HALL, 1992, p.454).

Encontra-se diversas posturas sobre o tema, que vão desde os que têm uma visão romântica do ativismo e acreditam ser ele necessário no Direito Moderno, passa pelos que acreditam que o ativismo pode até trazer benefícios mais deve ser utilizado de forma moderada, até aos que enxergam no instituto um risco a democracia e a nítida violação da Separação dos Poderes. Como nos exemplos seguintes.

Barroso (2018, p. 324), otimista em relação ao fenômeno o define da seguinte maneira:

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: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;(ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Entre os moderados destaca-se Sarmiento (2011, p.73; 173), segundo o autor:

O ativismo se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia (...) Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autoconcentração judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento de falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como economia, políticas públicas e regulação.

Ramos (2015, p. 132) dentre os que vêm o Ativismo Judicial com certa ressalva, alerta:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Com isso fica evidente um ponto negativo a respeito das práticas ativistas que acarreta a descaracterização da função do Poder Judiciário frente aos demais Poderes. Vale destacar que o Ativismo Judicial atinge vigorosamente o Poder Legislativo que pode sofrer a

invalidação de seus feitos através de decisão ativista ou ainda ter sua competência legislativa indevidamente apropriada por decisão excessivamente criativa (RAMOS, 2015).

Neste sentido, Pogrebinschi (2000, p. 2) classifica juiz ativista aquele que:

a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

O conceito de Ativismo Judicial está em abstrato e pode variar de acordo com o posicionamento que se tem em relação ao instituto. O que se tem convicção é que o Ativismo seria uma atuação enérgica do Poder Judiciário sobre os demais, portanto o mesmo deve ser refletido e seus riscos ponderados e ao utilizá-lo deve o Judiciário agir com cautela, afinal o que está em risco é a estruturação do Estado e a Democracia.

2.2 Tipos de Ativismo

Assim como o conceito também existem várias práticas diferentes relacionadas com o Ativismo Judicial o que permitiu uma compreensão de diversos tipos do fenômeno como os que serão demonstrados a seguir.

Kmiec (2010, p. 1442-1444) associa ao Ativismo Judicial as seguintes práticas:

(a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação a escolha de diretrizes políticas; (b) o afastamento dos precedentes, seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentenças aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita; (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade.

Neste mesmo sentido Marshall (2002, p.101-140) elenca sete tipos de Ativismo Judicial:

(1) *ativismo contra majoritário*, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; (2) *ativismo não originalista*: quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição; (3) *ativismo de precedentes*: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos; (4) *ativismo jurisdicional*: quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas; (5) *ativismo criativo*: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional; (6) *ativismo remediador*: quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas; (7) *ativismo partisan*: quando os tribunais decidem com a

finalidade de atingir objetivos nitidamente partidárias ou de determinado segmento social.

Também vale mencionar classificações apontadas por Young (2002, p. 1139-1216):

(1) reprovar as escolhas políticas tomadas pelo Estado; (2) distorcer a interpretação jurídica da norma e/ou da história; (3) desvirtuar a interpretação de precedente judicial; (4) emitir interpretações maximalistas em detrimento das minimalistas; (5) exercer amplos poderes de correção; (6) decidir de acordo com convicções político-partidárias.

Diante dos tipos de Ativismo ofertados tanto por Kmiec, quanto por Marshall e Yong, excetuando-se o Ativismo Reformador, o que se verifica é um desvio de função da atividade jurisdicional. O que permite concluir que o Ativismo Judicial está relacionado com a recusa dos julgadores em permanecerem dentro dos limites de suas competências constitucionalmente estabelecidas (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017).

O fenômeno do Ativismo Judicial possui diversos conceitos e também variadas formas. Para uma melhor compreensão deste instituto é necessário também entender os motivos práticos que proporcionam a sua ocorrência. Dentre esses motivos destaca-se a Judicialização da Política que por muitas vezes se confunde erroneamente com o Ativismo.

2.3 Distinções entre Ativismo Judicial e Judicialização da Política

O Ativismo Judicial e a Judicialização da Política caminham lado a lado, e muitas vezes se confundem. Pode se dizer que no ambiente em que se concretize o fenômeno da Judicialização é propício para que também ocorra o fenômeno do Ativismo Judicial. Embora exista esta relação entre estes dois institutos eles não são sinônimos.

O controle judicial sobre a vida coletiva tem crescido nos dias atuais. O Poder Judiciário é cada vez mais provocado à decidir os mais variados tipos de questões, como por exemplo questões políticas, internacionais, econômicas morais e sociais. A sociedade vê no Juiz a figura de um “pacificador conciliador” de suas relações e até mesmo um estimulador de políticas públicas (GARAPON, 1999).

O Poder Judiciário tem um alcance geral, à ele “ninguém é intocável,” este fato traduz um sentimento de justiça que gera uma demanda moral por parte da sociedade que espera do Judiciário uma instância que defina “o bem e o mau” (GARAPON, 1999).

Garapon (1999, p. 26) ao analisar a Judicialização da Política classifica o Ativismo Judicial como um sintoma desta, in verbis:

Essa reviravolta judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O ativismo judiciário, do que ele é um sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo, que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado, o progresso civil e, logicamente, a força da mídia. Os juízes só podem assumir tal posição se encontrarem uma nova visão política, pois aparentemente ela não se satisfaz mais com as instâncias políticas tradicionais.

A Judicialização então é o fenômeno em que questões de cunho político e social migram para a jurisdição do Poder Judiciário enquanto que o Ativismo Judicial seria a maneira proativa do Judiciário ao decidir sobre estas questões. Vale destacar que a Judicialização não é uma escolha do Poder Judiciário, pois como explica Streck (2009, p.179) “O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade.” Ou seja, uma vez provocado, o Judiciário deve solucionar a questão ele não pode se manter inerte diante dos anseios da sociedade (PADILHA 2014).

Para Streck (2013, s/p) a Judicialização da Política se difere do Ativismo Judicial da seguinte maneira

[...]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); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...] Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).

Apesar destes dois institutos estarem relacionados eles não são a mesma coisa. A Judicialização é um fenômeno que ocorre independente de vontade do Poder Judiciário. É a busca da sociedade, que se transforma de maneira célere, por soluções que se adéquem as suas mudanças. Diante da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo que são quem originalmente deveriam resolver estas questões políticas e morais a sociedade vê no Judiciário a sua última esperança que diferente dos outros poderes quando provocado não tem a opção de se manter inerte. O Ativismo por sua vez é uma escolha do juiz ou tribunal ele só ocorre se o julgador assim desejar.

Diante desta ampliação de poder em relação aos outros Poderes da República, com a participação na solução das grandes questões morais e políticas, as cortes judiciais tornam-se, de forma inevitável, verdadeiros “atores políticos.” As cortes ativistas não compõem o

sistema político de um país mas são hoje centros de poder que se envolvem de forma direta ou indireta na política, e atuam essas tanto em oposição como aliada ao governo (CAMPOS, 2014).

A correspondência entre Direito e Política “é um jogo de implicações recíprocas” do mesmo modo em que as decisões ativistas afetam a política, as cortes também devem se adaptar ao ambiente político em que se encontram. Vale destacar, que a possibilidade de exercer um papel político não quer dizer que as cortes são órgãos puramente políticos e nem que estas possam decidir livremente, ou que não estão condicionadas a obediência da lei. Isto ocasionaria negação dos princípios do Estado Democrático de Direito. As cortes constitucionais que atuam, ou deveriam, atuar com um equilíbrio entre a função judicial e a função política (CAMPOS, 2014).

Em relação ao papel político que é exercido pelo Poder Judiciário, Campos (2013, p.138) faz uma alerta: “É tão improdutivo conceber as cortes constitucionais como órgãos puramente judiciais quanto obscuro compreendê-las como órgãos simplesmente políticos, indistinguíveis dos corpos legislativos e administrativos”.

A Judicialização da Política é inevitável nos tempos atuais. Porém a maneira como o Poder Judiciário vai lidar com esse fenômeno é passível de escolhas. A Judicialização não rompe o dever de obediência do Poder Judiciário à norma jurídica. Uma vez provocado o Judiciário não tem a faculdade de se manter inerte ao caso concreto, mas deve sempre exercer sua jurisdição com cautela e equilíbrio e dentro dos limites estabelecidos no contrato social.

A Judicialização então se difere do Ativismo, é como se a primeira fosse causa do segundo, porém não é uma situação automática. Diante da Judicialização, que significa que questões políticas e morais são decididas pelo Judiciário, daí o juiz ou tribunal escolhe se resolverá a questão dentro dos limites da norma jurídica ou se dará a ela interpretação diferente que ultrapasse sua competência, se ficar com a segunda o Ativismo está concretizado.

A Judicialização proporciona a ocorrência do Ativismo, porque acarreta um aumento de demandas levadas ao Judiciário, que deveriam ter sido resolvidas pelo Legislativo ou Executivo, e como a inércia não é uma opção do Judiciário os juízes se deixam levar pela tentação de resolver a questão da melhor forma e extrapolam sua competência.

2.4 Ativismo Judicial “à brasileira”

O Ativismo Judicial é um fenômeno mundial, cada vez mais presente nas decisões judiciais, principalmente após a segunda guerra mundial que exigiu uma releitura do modelo liberal de Estado e a democracia de até então.

Como vários países democráticos o Brasil não está imune ao Ativismo que é utilizado de maneira recorrente nas decisões do Poder Judiciário que além do número expressivo de decisões ativistas o Ativismo Judicial brasileiro possui algumas peculiaridades que lhe são próprias, quais sejam a falta da devida ponderação, banalização do ativismo e restrições de direitos e garantias constitucionais e etc. como se verificará nos casos apresentados como exemplo, nesta pesquisa.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o período de assimilação da hermenêutica-constitucional dos direitos, o papel do Poder Judiciário passou a ser constantemente tema das discussões jurídicos-políticas, que não tem mais adotado uma postura passiva judicial (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017).

O termo Ativismo à brasileira foi utilizado primeiramente por Veríssimo (2008, p. 415), segundo o autor:

O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo “à brasileira”.

É importante destacar que para mensurar o Ativismo Judicial praticado no Brasil não basta apenas a análise quantitativa apontada por Veríssimo, para a identificação do Ativismo é necessário uma análise qualitativa destas decisões, em verdade o problema está é na interpretação, por tanto, não basta considerar o número de ações de inconstitucionalidade julgadas procedentes o que se deve levar em consideração é a fundamentação utilizadas para tanto (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017).

A expressão “ativismo à brasileira” diferente do apontado por Veríssimo adequa-se melhor para constituir um conceito que no Brasil não se atentou às diferenças entre as estruturas dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americanos. Nos Estados Unidos é adotado o sistema *common law*, a atividade jurisdicional está relacionada com a criação do Direito com a construção dos precedentes, e a cultura do *stare decisis*, doutrina jurídica na qual a

jurisprudência cria precedente e vincula as decisões futuras, por sua vez, garante a integridade do Direito. No Brasil a criação do Direito resulta, ou pelo menos deveria, da atividade legislativa (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017).

Diferente do que acontece nos Estados Unidos, onde os problemas decorrentes da tensão Direito x Política são analisados com a devida cautela, No Brasil é costumeiro encontrar juristas que aderem ao Ativismo Judicial, levantam sua bandeira e o definem sem qualquer compromisso de traçar seu significado apenas estimulando a ideia de que o Ativismo é essencial para a consagração dos direitos fundamentais (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017).

Dentre estes conceitos destaca-se, já mencionado neste capítulo no tópico 2.1, o do Luis Roberto Barroso Ministro do Supremo Tribunal Federal que defende não haver confronto de funções, mas sim o preenchimento do vazio emanado dos outros poderes, de certo modo que o Poder Judiciário não deve se conter a sua função típica devendo também criar o Direito (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017).

Barroso (2011, p. 449) afirma que “o ativismo é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e alcance”.

No sistema jurídico adotado pelo Brasil o Poder Judiciário não possui o papel de legislador positivo, mesmo com a prerrogativa de decidir sobre as inconstitucionalidade das leis, até mesmo por omissão do Legislativo, não significa o que o juiz deva criar ou restringir o Direito, é necessário que o julgador sempre se sujeite a Constituição Federal que deve ser a base de seus julgados.

A exemplo de como o Poder Judiciário brasileiro adota uma postura ativista destaca-se o julgamento do *Habeas Corpus* 124306/RJ, que reconheceu a inconstitucionalidade parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal (BRASIL, 1940).

2.4.1 Ativismo Judicial no Habeas Corpus 124306/RJ de Relatoria do Ministro Marco Aurélio

O Supremo Tribunal Federal por meio do referido *Habeas Corpus*, julgou inconstitucional a aplicação dos artigos 124 e 126 do Código Penal (BRASIL, 1940) que tratam do aborto praticado pela própria gestante e por terceiro com o seu consentimento, se realizado dentro do primeiro trimestre da gestação (BRASIL, 2016).

Vale destacar que o objeto principal do remédio constitucional se quer era a constitucionalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal (BRASIL, 1940) e sim o reconhecimento da falta das condições autorizadora da prisão preventiva, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Ressalta-se que não é o objetivo da presente pesquisa analisar o mérito do tema aborto e sim a legitimidade do Judiciário de estabelecer requisitos à uma prática tão polêmica e com inúmeras posições dentro da sociedade ou se esse seria um papel exclusivo dos legisladores, quem realmente detêm a representatividade social.

Nos termos do Acórdão proferido no remédio constitucional mencionado:

4, A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: 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.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (BRASIL, 2016).

Em seu voto o ministro Luís Roberto Barroso afirma que:

No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP. (BRASIL, 2016).

O Ministro Barroso fundamenta seu voto no “princípio da proporcionalidade,” oriundo da teoria de Robert Alexy. Destaca-se que a própria utilização da nomenclatura “princípio da proporcionalidade” é equivocada, afinal segundo esta teoria a proporcionalidade

é uma “máxima” que deve ser aplicada frente a colisão de dois princípios, ou seja, se a proporcionalidade é o meio de ponderação entre princípios em choque, como pode ser ela considerada um princípio? (STRECK; BARBA, 2016).

Segundo Alexy (2002, p. 102) “a ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios”. Portanto se o Ministro citou Alexy como fundamento de sua decisão, deveria ao mínimo ter coerência e fidelidade a teoria do autor (STRECK; BARBA, 2016).

Ademais mesmo se considerarmos a colisão entre os princípios, quais sejam, o dos direitos fundamentais das mulheres e o da proteção a vida e que tivesse de ser utilizada a máxima da proporcionalidade vale destacar que esta se subdivide em três espécies, que devem ser utilizadas subsidiariamente para solucionar a questão (STRECK; BARBA, 2016).

Para utilização da máxima da proporcionalidade, primeiro utiliza-se da submáxima da adequação, não se obtendo êxito a da necessidade e pôr fim a da proporcionalidade em sentido estrito, pode acontecer que no caso concreto seja aplicado apenas a primeira ou segunda submáxima sem que se chegue a utilizar esta última (STRECK; BARBA, 2016).

Segundo Miranda (2015, p. 218):

A adequação, que significa que a providência se mostra adequada ao objetivo almejado (...); envolve, pois, correspondência de meios e fins; b) necessidade, que supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção; e c) proporcionalidade stricto sensu, que implica em justa medida; que a providência não fica aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos; e porque trata de limites, de restrições e de suspensão de direitos fundamentais, ela traduz-se em proibição do excesso.

A submáxima da adequação então visa impedir os meios impostos pelo legislador que além de não resguardem o fim almejado e ainda prejudicam outros direitos. No voto proferido por Barroso, o Ministro afirma que nos crimes de aborto existe uma “adequação duvidosa”, pois não consegue impactar precisamente na ocorrência do crime (STRECK; BARBA, 2016).

Contudo “se o bem jurídico tutelado é a vida do nascituro, que outro meio poderia ter sido utilizado pelo legislador para alcançar tal finalidade?” Ora se o elevado número de abortos cometidos no Brasil é suficiente para afastar o tipo penal, por quê então não afastar o tipo penal do homicídio? Uma vez que o Brasil ostenta a infeliz média de 60 mil homicídios por ano (STRECK; BARBA, 2016).

Nas palavras de Streck e Barba (2016, s/p):

Não se mede a adequação de meios para obtenção de fins por meio do seu grau de eficácia social, do contrário, a própria noção de norma jurídica “iria por água

abaixo” na medida em que a sua concretização ficaria à mercê das condições contingenciais e aleatórias. O que o ministro Barroso fez foi um retorno ao realismo jurídico por meio de uma equivocada interpretação da teoria dos princípios de Alexy.

Em relação a submáxima da necessidade. Esta deve ser utilizada quando existentes dois meios capazes de promover um princípio. Deve ser aplicado aquele que menos influencie na concretização dos demais.

Barroso afirma em seu voto que:

Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Como visto, a criminalização do aborto viola a autonomia, a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero, e produz impacto discriminatório sobre as mulheres pobres[...]Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida.[...] Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade. (BRASIL, 2016)

Diante dos argumentos utilizados pelo Ministro, é necessário que se faça certos questionamentos, como pode ele afirmar tão categoricamente que a descriminalização do aborto evitaria a prática deste? “Afim, qual é a prognose?” e o mais importante, esta matéria deveria ser discutida no âmbito do Poder Judiciário? (STRECK; BARBA, 2016).

Além do mais a submáxima da necessidade como já mencionado é aquela utilizada para assegurar determinado princípio sem interferir o mínimo nos demais. Assim sendo ainda que o Estado adote tais políticas públicas (educação sexual, distribuição de anticoncepcionais e etc.), ressalta-se não ser esta matéria de competência do Judiciário, de que forma tais medidas protegeriam o outro princípio em questão, no caso a proteção à vida do nascituro, tornando lícita a conduta do aborto a vulnerabilidade do feto aumenta expressiva e inexoravelmente (STRECK; BARBA, 2016).

Por derradeiro a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito. Para justificar esta submáxima o Ministro, expõe em seu voto que, “em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela vida do feto” (BRASIL, 2016).

Acontece que ao realizar a ponderação, Barroso tem consigo a convicção de que a descriminalização do aborto, por consequência já assegura os direitos fundamentais da mulher. O que deve ser considerado é como o Ministro executa essa ponderação entre os princípios, como o a não satisfação de um gera a satisfação do outro, existiria uma fórmula para se chegar a tal conclusão que a ele parece ser tão óbvio? Ou não “se trataria, simplesmente, de um juízo ideológico-pessoal?” (STRECK; BARBA, 2016).

No caso analisado é evidente a presença do Ativismo Judicial de como o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado de questões morais e políticas para resolver as questões de grande repercussão popular O que torna seus Ministros cada vez mais atores positivos do cenário político brasileiro.

Afirmam André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira que ativismo Judicial exercido no Brasil é qualificado pela falta de senso nas decisões judiciais, desprovidas de qualquer parâmetro ou metodologia, que garanta o mínimo de coerência e integridade ao ordenamento jurídico (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017).

O fato é que decisões políticas e morais não podem servir de fundamento para a invalidação de uma lei. Cada Poder da República deve exercer o seu papel, em respeito a segurança jurídica e a democracia.

2.5 Desvantagens do Ativismo Judicial

Conforme demonstrado o Ativismo Judicial seria uma preponderância do Poder Judiciário em relação aos demais, suas consequências podem ser as mais variadas possíveis, inclusive abalar a separação dos poderes e a ordem democrática razão pela qual deve-se ter bastante cautela em relação ao instituto.

Tudo isso nos leva ao contratempo apontado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito, qual seja o da “discrecionabilidade judicial” e por consequência a distinção entre “escolher” e “decidir” o primeiro é subjetivo e está ligado as inclinações do indivíduo já o segundo ocorre na intersubjetividade a decisão é precedida do que a política constrói como direito (KELSEN, 2009).

Streck e Barba (2016, s/p), ensinam que:

Discutir Teoria do Direito significa compromissos teóricos e epistêmicos. Não se trata de saber qual a opinião política-ideológica dos juizes. Do contrário, aceitando essa premissa, não resta mais nada para o Direito. Fechemos as Faculdades. Do que

adianta discutir princípios, separação de Poderes, interpretação jurídica, se, ao fim e ao cabo, o Direito depende exclusivamente das preferências pessoais do juiz? “Ah, mas isso é assim mesmo” dirão alguns (ou muitos). É mesmo? Então devemos assumir, se formos minimamente sinceros, que (i) não faz sentido nenhum permitir que decisões políticas sejam transferidas da esfera legislativa para a jurisdicional, sob pena de alienarmos nossa cidadania por completo; (ii) o poder jurisdicional dos juízes não tem qualquer legitimidade política, na medida em que não a recebem pelo voto popular; (iii) o Direito fracassou, pois não conseguiu criar uma teoria da decisão que possa impedir que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de critérios puramente privados.

O Ativismo Judicial prejudica a democracia porque utilizando-se de valores próprios os julgadores se desprendem da legalidade, o que permite que a escolha dos princípios a serem colocados em coalisção seja escolhido a seu critério, proporcionando uma interferência do Judiciário na Política (TASSINARI, 2013).

A prática disfuncional pode corromper a ordem jurídica e o sistema constitucional do qual nenhum juiz está autorizado a “negligenciá-lo”, ao contrário disto, tem ele o dever de protegê-lo, aplicá-lo incondicionalmente, nunca o revogá-lo a partir de uma interpretação contorcionista que extrapole os limites constitucionalmente impostos. Além do que prevê a Constituição, qualquer ativismo significa o “exercício arbitrário das próprias razões”, e seus efeitos não podem ser considerados produto de um Estado Democrático (NOGUEIRA, 2019).

Só se tem Democracia no direito e pelo direito, a política e a moral precisam ser controladas, para que o direito não se transforme em política e moral, é óbvio que se não existe um controle da política e da moral em consequência não existe direito. Os que defendem que, ainda que de forma excepcional, que seja válido dar um “drible no direito”, estão afirmando que a política e a moral são mais importantes do que o direito (STRECK, 2017).

Como demonstrado há muito já se discute o fenômeno do Ativismo Judicial, que teve origem nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde o instituto ainda é bastante presente devido ao modelo jurídico adotado.

Após o fim da segunda guerra o liberalismo constitucional passa por turbulências. Observou-se desde então a necessidade de uma maior intervenção do Estado principalmente em relação à concretização dos direitos fundamentais, razão pela qual, diante do status de justiça que possui, o Poder Judiciário passou a ser cada vez mais provocado a decidir questões de cunho político e moral.

No caso brasileiro o instituto possui certas peculiaridades, dentre as quais a de ser exercido sem coerência e desprovido da devida fundamentação, além do excesso de vezes que o instituto tem ocorrido sem observância da necessária cautela.

De qualquer modo, e respeitando toadas as opiniões em relação ao Ativismo, o fato é que este significa uma interferência do Judiciário nos demais poderes, o que pode causar um desequilíbrio na ordem institucional do Estado, razão pela qual parte da doutrina defende que os juristas devem edificar um movimento de resistência constitucional afirmando a supremacia da Constituição e não permitir que a utilização equivocada do Ativismo Judicial coloque em risco a segurança jurídica e a separação dos poderes.

3 ATIVISMO JUDICIAL PUNITIVISTA

Apesar do instituto do Ativismo Judicial atualmente se fazer presente em vários ramos do Direito, esta pesquisa se limitará a análise do fenômeno dentro da esfera do Direito Constitucional, Penal e Processual Penal.

Um dos motivos da ocorrência do Ativismo Judicial, como já analisado, é a inércia dos demais poderes que principalmente no Brasil tem se mostrado insuficiente para solucionar os anseios da sociedade, que tem gerado um maior protagonismo do Poder Judiciário.

Com tamanho destaque o Judiciário tenta responder a sociedade à altura principalmente em pôr fim ao sentimento de impunidade que se instalou no país nem que para isso seja preciso abrir mão de garantias constitucionais e invadir a competência dos demais poderes.

Toda e qualquer forma de Ativismo pode ser prejudicial, uma vez que mesmo imbuída de boas intenções pode abrir precedentes hermenêuticos a serem utilizados futuramente em questões que em vez de garantir restrinja direitos fundamentais, porém ultimamente o instituto tem sido praticado com um agravante pelo Judiciário, qual seja a ligação com o punitivismo, em determinados casos concretos tem se buscado a condenação do réu a qualquer custo.

Frequentemente no processo penal tem sido utilizado o Ativismo Punitivista, no qual os julgadores criam princípios a fim de punir o réu (verdade real, confiança no juiz do processo e etc.) e deixam de observar princípios já consolidados no ordenamento jurídico brasileiro (adequação social, alteridade e etc.) que são favoráveis ao acusado (TALON, 2018).

Vale ressaltar que o Direito Penal brasileiro é regido pelo princípio da legalidade, que tem força de cláusula pétrea da Constituição Federal, que prevê em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” (BRASIL, 1988) texto este reproduzido *ipsis litteris* no artigo 1º do Código Penal (BRASIL, 1940).

De acordo com Nucci (2019, p.73):

A legalidade em sentido estrito ou penal guarda identidade com a reserva legal, vale dizer, somente se pode considerar crime determinada conduta, caso exista previsão em lei. O mesmo se pode afirmar para a existência da pena. O termo lei, nessa hipótese, é reservado ao sentido estrito, ou seja, norma emanada do Poder Legislativo, dentro da sua esfera de competência. No caso penal, cuida-se de atribuição do Congresso Nacional, como regra. A matéria penal (definição de crime e cominação de pena) é reserva de lei, não se podendo acolher qualquer outra fonte normativa para tanto, pois seria inconstitucional. Portanto, decretos, portarias, leis

municipais, resoluções, provimentos, regimentos, entre outros, estão completamente alheios aos campos penal e processual penal.

No que tange qualquer manifestação judicial que cria ou inova no ordenamento jurídico, a parte do Congresso Nacional, ou aplica norma preexistente por analogia *in malam partem* ou interpretação diversa das estabelecidas constitucionalmente é manifestadamente incompatível com o Princípio da Reserva Legal (NOGUEIRA, 2019).

Será demonstrado, através da análise dos casos a seguir expostos, como este tipo de Ativismo Judicial se manifesta no Direito Constitucional, Penal e Processual Penal brasileiro.

3.1 Decisão que restringiu o foro por prerrogativa na Ação Penal 937

Em 2017 foi encaminhada, pelo Ministro Luíz Roberto Barroso, a Ação Penal 937 que iniciou no plenário do Supremo Tribunal Federal a discussão da possibilidade de restrição do foro de prerrogativa de função.

Não é o objetivo da presente pesquisa adentrar no mérito se a restrição do foro por prerrogativa de função seria ou não benéfico ao Processo Penal brasileiro, se proporcionaria maior eficiência e evitaria a impunidade. O que se pretende é indagar a legitimidade do Poder Judiciário em restringir uma competência de juízo estabelecida pela Carta Magna sem nenhuma base constitucional para tanto.

No julgamento da referida Ação o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem restringir o foro por prerrogativa de função dos Senadores da República e dos Deputados Federais e estabeleceu por conta própria que esta prerrogativa deve se limitar aos crimes relacionados a função e durante o exercício do mandato eletivo (BRASIL, 2017).

De acordo com o Acórdão que decidiu a questão

III. Conclusão 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo” (BRASIL, 2018).

Em relação ao tema a Constituição Federal é clara e dispõe em seu artigo 102, inciso I alínea, b), *in verbs*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; (BRASIL, 1988).

Não é autêntica a hipótese proposta por Barroso de que o político eleito acusado de corrupção eleitoral, nos termos do artigo 299 do Código Eleitoral, (BRASIL, 1965) não teria prerrogativa de foro pelo fato ter ocorrido antes do início do mandato, não é o que determina a Constituição Federal. Esta hipótese ainda confronta com duas garantias fundamentais previstas em nossa Carta Magna, quais sejam: o juiz natural e o devido processo legal (FONSECA *et al.* 2019).

Ensina Meirelles (2002, p. 77) que:

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.

A prerrogativa de foro por função visa proteger o cargo e não ao seu titular, sendo assim a prerrogativa funcional necessária em razão do interesse público do regular exercício do cargo. Não é uma faculdade do detentor do cargo e sim uma condição objetiva à ele imposta, para apurar e julgar os delitos por ele cometidos em razão da especialidade do cargo que exerce (MENDES, 2017).

Diante deste fato os ministros do Supremo Tribunal Federal, que em regra deveriam zelar pela Constituição Federal acabou por suprimi-la o que permite o seguinte questionamento, Como é possível que se interprete a Constituição contra ela própria? como se esta fosse um empecilho para sua própria efetivação (FONSECA *et al.*, 2019).

É importante destacar que além de restringir a prerrogativa o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem, sem a Constituição Federal nada dizer neste sentido, que a restrição devesse atingir apenas os deputados federais e senadores.

Existem outras várias prerrogativas ligadas ao cargo previstas na Constituição como exemplo juízes, membros do Ministério Público, prefeitos etc. O jurista Rômulo de Andrade Moreira afirma que segundo um estudo da Consultoria Legislativa do Senado no Brasil mais de 54 mil pessoas detêm algum tipo de prerrogativa estabelecida pela Constituição Federal,

porém a referida decisão atingiu tão somente 513 deputados e 81 senadores, pouco mais de 1% do total de agentes abrangidos por prerrogativa de função (MOREIRA, 2017).

No caso debatido fica evidente a manifestação ativista punitivista do Poder Judiciário, restringindo prerrogativas que, vale novamente mencionar são do cargo e não da pessoa, garantidas constitucionalmente a fim de dar uma “resposta” à sociedade em relação a impunidade de determinados agentes políticos, o mesmo acontece nos casos analisados a seguir.

3.2 Medida Cautelar que suspendeu o do Decreto Presidencial 9246/2017

Outra decisão que gerou bastante discussões sobre o Ativismo do Supremo Tribunal feral, foi a suspensão do decreto presidencial 9246/2017 em caráter liminar na ADI 5874 proposta pela Procuradoria Geral da República (BRASIL, 2018).

O indulto presidencial é uma tradição no Brasil que se remete até a época do Brasil Imperial, e atualmente prevista na Constituição Federal como uma das competências privativas do Presidente.

No tocante ao indulto coletivo ensina Nucci (2019, p. 972):

É a clemência destinada a um grupo de sentenciados, tendo em vista a duração das penas aplicadas, podendo exigir requisitos subjetivos (tais como primariedade, comportamento carcerário, antecedentes) e objetivos (v.g., cumprimento de certo montante da pena, exclusão de certos tipos de crimes). O indulto pode ser total, quando extingue todas as condenações do beneficiário, ou parcial, quando apenas diminui ou substitui a pena por outra mais branda. Neste último caso, não se extingue a punibilidade, chamando-se comutação. Há possibilidade de concessão do indulto a réu condenado, com recurso em andamento, se já houve trânsito em julgado para a acusação.

Nos termos da Constituição Federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;” (BRASIL, 1988).

Como de costume ao término de cada ano, em 21 de dezembro de 2017 o presidente Michel Temer editou o decreto 9246/2017 regulando os requisitos para concessão do instituto do indulto (BRASIL, 2017).

A Procuradoria Geral da República entendeu que os requisitos propostos pelo Presidente seriam benéficos demais, especialmente para os condenados por corrupção, razão pela qual ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874 (BRASIL, 2019).

Em caráter liminar, a então Presidente do Supremo Ministra Carmem Lúcia, suspendeu certas normas do referido Decreto (BRASIL, 2017).

Entretanto o instituto do indulto não pode ser compreendido como uma simples manifestação do poder soberano mas também deve ser considerado como mecanismo de política criminal e penitenciária capaz de apaziguar minimamente a crise enfrentada pelo sistema penitenciário brasileiro (ROSA; NABZONY, 2018).

Nesta ADI a questão do indulto ser um ato de política criminal e de que existe uma crise penitenciária no país parece ser ignorada e o argumento utilizado para a não conformidade do indulto com a democracia atual é de que as penas no Brasil são aplicadas e executadas de maneira “justa, proporcional e determinada” por meio do devido processo legal, situação está bem diversa da encontrada nos estabelecimento de cumprimento de pena. O que se observa no caso analisado é uma verdadeira “caça aos corruptos” que permitiria que qualquer medida seja legitimada desde que fundamentada no combate à impunidade (ROSA; NABZONY, 2018).

O Poder Judiciário não pode intrometer-se em uma matéria que é privativa do Presidente da República, como se verifica no voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes:

Cabe ao Judiciário reconhecer que o decreto é ou não constitucional. O que não se admite é que o STF crie normas distintas daquelas estabelecidas pelo presidente da República, como pretende a corrente até o momento minoritária dos ministros (BRASIL, 2018).

Neste sentido foi o voto da Ministra Rosa Weber, “podemos perfeitamente discordar das regras estabelecidas pelo presidente. Porém, a atribuição constitucional é dele. Tal escolha política é dele. E não se trata de uma mera discricionariedade administrativa” (BRASIL, 2019).

De acordo Michel Reiss conteúdo do decreto 9246/2017 em nada feriu a Constituição Federal e ainda ressalta que o que “está em jogo”, não é somente a liberdade de alguns condenados por corrupção em razão da “Operação Lava Jato”, mas também a liberdade de outras milhares de pessoas que poderiam adquirir a extinção de sua punibilidade de forma lícita (REISS, 2018).

Na ADI 5874 também se observa claramente o desejo punitivista de parte dos membros Poder Judiciário frente ao sentimento de impunidade que se desencadeou na sociedade brasileira e como o Judiciário tem utilizado como meio para tanto o Ativismo Judicial.

O Ativismo Judicial dentro do Poder Judiciário brasileiro não é uma exclusividade da Corte Constitucional, o fenômeno também ocorre nas demais instâncias deste Poder.

3.3 Imprescritibilidade no crime de injúria

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento a agravo que modificou a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e reconheceu a imprescritibilidade do crime de injúria racial. Em consequência o jornalista Paulo Henrique Amorin foi condenado por injúria racial, praticado em 2009 contra o também jornalista Heraldo Pereira. (BRASIL, 2015).

De acordo com Streck, Amorin (2015), fez uma publicação na qual se refere a Pereira como um “negro de alma branca” e “não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde”.

Existe todo um contexto por trás da infeliz frase de Amorin, na época em que foi utilizada pareceu ser uma crítica política devido a ideologias políticas que o jornalista atribuiu à Pereira. Contudo o Judiciário entendeu que os termos utilizados ultrapassaram os limites democráticos entre jornalismo e injúria. Entretanto deveria Amorin ser punido mesmo contra disposição legal expressa? Com o único objetivo de fazer “justiça” em face da ofensa contra Pereira? “Eis o busílis” (STRECK, 2015).

As condutas resultantes do preconceito em razão de “cor ou raça”, consideradas como crime de racismo estão prevista na Lei 7716/89, que é constitucionalmente considerado imprescritível (BRASIL,1989). Conforme dispõe o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL,1988).

Já o crime de injúria encontra-se no capítulo que trata dos crimes contra a honra do Código Penal mais precisamente no artigo 140 que prevê em seu § 3º uma das qualificadoras do crime, qual seja ser praticado com utilização elementos que se refiram a raça, cor e etc. (BRASIL,1940).

Nos termos do Código Penal:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa (BRASIL, 1940).

A respeito do crime de injúria racial, ensina Masson (2011, p.184):

A injúria qualificada, assim como os demais crimes contra a honra, reclama seja a ofensa dirigida a pessoa ou pessoas determinadas. Destarte, a atribuição de qualidade negativa à vítima individualizada, calcada em elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, constitui crime de injúria qualificada (CP, art. 40, § 3º). Esse crime obedece às regras prescricionais previstas no Código Penal.

Para todo os efeitos na data do ocorrido o crime já estaria prescrito, situação esta que foi superada pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, para tanto o desembargador Ericson Maranhão equiparou o crime de injúria racial ao de racismo, sob alegação de que o delito de injúria neste caso também “traduz preconceito de raça e cor” e que deveria ser somado aos do rol da Lei 7716/89, que ao seu entender não é taxativo (BRASIL, 1989).

De acordo com Streck, este entendimento está totalmente equivocado, este ressalva que não é possível que se crie um rol extensivo no Direito Penal pelo simples fato de que o cidadão deve conhecer previamente aquilo que possa lhe causar uma punição, não se admite surpresa no Direito Penal em obediência ao já mencionado Princípio da Legalidade (STRECK, 2015).

Como é possível que o Poder Judiciário iguale dois crimes que o Poder Legislativo explicitamente distinguiu? No Direito Penal a analogia *in malam partem* é inadmissível lei que verse sobre matéria penal deve ser prévia, certa, escrita e estrita, razão pela qual tipos penais não podem ser criados por meio de decisões judiciais, menos ainda a extensão de um rol de crimes imprescritível. Somente o legislador é competente para tanto, qualquer manifestação do Judiciário em contrário é uma violação nítida do Princípio da Separação dos Poderes (STRECK, 2015).

A Lei 7716/89 não abriu margem para um rol extensivo, quando o legislador assim deseja o faz expressamente, o objeto da lei são os crimes “resultantes do preconceito de raça ou de cor” (BRASIL, 1989). ao passo que a injúria racial não é objeto da lei razão pela qual não pode ser equiparada a crime de mesma natureza (STRECK, 2015).

O crime de racismo é motivado pelo preconceito este é a causa que leva o agente a cometer o delito, já na injúria qualificada o objetivo é ofender pessoa determinada através de utilização de elementos ligados a raça, cor, etnia, religião e etc.(BRASIL,1989). Nota-se que o objeto deste crime é a ofensa do indivíduo para qual utiliza-se de uma condição especial da vítima que pode tanto ser uma questão racial como uma condição de idoso por exemplo (STRECK, 2015).

Vale destacar ainda que o crime de injúria racial foi inserido no Código Penal no ano de 1997, em que pese a lei do crime de racismo ser de 1989, ou seja quase uma década entre uma e outra, ambos os crimes com a mesma pena (reclusão de um a três anos e multa). Ora se fosse desejo do legislador em equiparar os crimes não faria sentido manter os dois tipos penais (STRECK, 2015).

Posteriormente, em 2017, o caso em questão foi apreciado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal que manteve o entendimento do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a imprescritibilidade no crime de injúria, confirmando o Ativismo Punitivista que tem se instalado no Poder Judiciário (BRASIL, 2017).

É essencial para a Democracia que os atos discriminatórios, de qualquer natureza, sejam combatidos pelo Direito Penal, preconceito e discriminação são práticas desprezíveis e não coadunam com os princípios básicos do Direito, entretanto para se obter a punição nestes e em todos os outros crimes não se pode abrir mão das garantias processuais nem ignorar princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito.

3.4 Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o ônus da prova

Por derradeiro, dentre as várias decisões punitivas que extrapolam os limites da competência judiciária, será discutido o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que consiste na possibilidade de inversão do ônus da prova no processo Penal.

Este entendimento será demonstrado a partir de trechos de julgados do referido Tribunal de Justiça, todos retirados da obra *Juiz não é Deus jure n'est pas Dieu*, 2016, do jurista Lenio Luiz Streck. Vejamos:

Presume-se a responsabilidade do acusado encontrado na posse da subtraída, invertendo-se o ônus da prova, transferindo-se ao agente o encargo de comprovar a legitimidade da detenção da res furtiva mormente se não há prova da escusa apresentada. (STRECK, 2016, p. 23)

Para não se crer dos relatos extremamente coerentes dos policiais, civis ou militares, necessário seria a demonstração de seus interesses diretos na condenação do apelante, seja por inimizade ou qualquer outra forma de suspeição, pois, se de um lado o acusado tem razões óbvias de tentar se eximir da responsabilidade criminal, por outro os policiais, assim como qualquer testemunha, não tem motivos para incriminar inocentes, a não ser que se prove o contrário, ônus que incube à Defesa. (STRECK, 2016, p. 25)

A posse do res furtiva, aliada às condições da prisão, mediante denúncia anônima, bem como diante da fragilidade da versão do agente e seu envolvimento com a

criminalidade, faz se presumir o dolo, conduzindo à inversão do ônus da prova cabendo ao réu demonstrar o desconhecimento. (STRECK, 2016, p. 25)

“Em se tratando de crime de receptação, em que o bem é apreendido na posse do réu, compete a este provar o desconhecimento quanto a origem ilícita” (STRECK, 2016, p. 25).

Não bastasse a inversão do ônus da prova o Tribunal vai além e se recusa a seguir “semântica mínima” imposta pelo Código de Processo Penal: “A forma prevista no artigo 226 do Código de Processo Penal, de que a pessoa reconhecida deva ser colocada ao lado de outras, embora aconselhável não é reputada como essencial na fase judicial” (STRECK, 2016, p.26).

Streck, notável combatente do solipsismo judicial que é define as decisões apresentadas como “inacreditáveis” e chega a fazer os seguintes questionamentos “Será que os professores ensinam isso nas faculdades em Minas Gerais”? “Será que tem algum compêndio jurídico que diz isso”? Ou será que o judiciário das Alterosa tirou isso de um grau zero de sentido”? (STRECK, 2016, p.25).

O artigo 5º da Constituição Federal ainda está em vigência e no Processo Penal não se admite a inversão do ônus da prova a responsabilidade de provar a acusação é exclusiva do Estado (BRASIL, 1988), inclusive o direito de silêncio é uma garantia do acusado. No Direito Penal é vedado até mesmo a tese de que “álibi não provado, réu culpado”. Mesmo nas situações de flagrante não é possível a inversão do ônus da prova, está circunstância serve apenas de prova indiciária não há uma relação de “causa e efeito inexorável” (STRECK, 2016).

A título exemplificativo Streck compara o caso com a situação em que um sujeito entra molhado em uma sala e do lado de fora está chovendo, afinal ele se molhou na chuva? Provavelmente que sim, contudo não prova que não possa ter se molhado de outra forma (STRECK, 2016).

No Processo Penal não é possível que se aplique a inversão da responsabilidade de prova como no Código de Defesa do Consumidor por exemplo. Veja, no CDC se aplica a inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência do consumidor frente aos fornecedores de produtos e serviços. (BRASIL,1989). Aplicar a inversão do ônus da prova no processo penal seria o mesmo que afirmar que no conflito ente Estado e réu a parte mais fraca é o Estado (STRECK, 2016).

As próprias decisões falam por si só não preciso muito para que se compreenda que são inconstitucionais. O que é espantoso neste caso é a inércia do Ministério Público, uma vez

que tem o dever de fiscalizar a lei e nada faz em relação a estes atos de inconstitucionalidade deixando se levar pelo sentimento punitivista que tanto se tem comentado neste capítulo (STRECK, 2016).

Diante dos casos apresentados neste capítulo fica evidente que determinados membros do Poder Judiciário vem interpretando a norma jurídica como bem entendem sem se atentarem para as restrições constitucionais além da clara interferência nos outros Poderes da República.

Apenas a título de reflexão será mesmo que a punição é a solução? Segundo o estudo do Ministério da Justiça a população carcerária do Brasil ultrapassa o número de 700 mil presos, terceira maior do planeta, ao passo que no ano de 2001 o número de encarcerados era de 135 para cada 100 mil habitantes em 2017 é de 353, em contrapartida nem é preciso mencionar que a prática de crime não diminuiu (BRSIL, 2017).

Nota-se a presença de um Judiciário legislador que molda a norma jurídica diante do fato para que seja feita “justiça” de condenar réu e o problema da impunidade seja resolvido nem que para isso atrole as garantias processuais de um Estado Democrático de Direito.

Não podemos ficar à mercê do clássico apontado por Streck em sua obra: “pela necessidade de limpeza, joguemos tudo fora, mesmo que haja, junto com a água o objeto do banho – a criança” (STRECK, 2016, p. 31).

É compreensível a indignação de certos juristas com a impunidade dos delinquentes, o jurista não deve perder a capacidade de indignação mas deve combater a impunidade dentro das “regras do jogo”, não pode um juiz ou tribunal utilizar da impunidade para corromper as garantias já conquistadas.

CONCLUSÃO

Com o devido respeito às varias opiniões contrárias conclui-se que o Ativismo Judicial coloca em risco a estrutura democrática, pode ser utilizado como meio de arbitrariedade e viola o Princípio da Separação de Poderes. Este princípio foi consagrado no ordenamento jurídico justamente para desconcentrar o poder do Estado a fim de garantir a liberdade e evitar o arbítrio estatal.

A clássica Separação de Poderes foi proposta por Montesquieu em uma época de luta pelo fim do regime absolutista. Ele propôs que o Poder do Estado fosse dividido em três, que em síntese são o legislativo com a função de criar as leis, o executivo com a função de administrar, e o judiciário com a função de julgar os conflitos a partir da interpretação das leis. Montesquieu em defesa da Separação de Poderes aponta o fato de que quando o poder é concentrado nas mãos de uma única pessoa esta tende a dele abusar.

A Separação de Poderes visa limitar ao máximo o poder do Estado a fim de evitar que este o exerça com abuso, contudo com o passar dos anos, principalmente após a segunda guerra mundial, o Direito Constitucional teve de ser repensando e adequado a uma nova necessidade de intervenção estatal para garantia de certos direitos fundamentais, fato esse que também exigiu uma leitura menos rígida da Separação do Poderes.

A partir de então as Constituições passaram a prever um sistema de interferência que garantisse a eficiência das funções e permitiu que para tanto os órgãos de Poder além de suas funções típicas exercessem também funções atípicas, aquelas pertencente a outros poderes. A Constituição brasileira de 1988 retrata bem esse sistema de interferência e traz uma serie de hipóteses em que um poder execute função deferente da sua originária.

Nota-se que a própria Constituição estabelece a interferência entre poderes, porém como esta já prevê as possibilidades autorizadoras qualquer usurpação de competência que extrapole seus limites viola o Princípio da Separação de Poderes e coloca em risco tudo aquilo que este visa garantir.

O Ativismo Judicial é um fenômeno cada vez mais presente nas decisões brasileiras e muito se discute se o instituto é uma forma de extrapolação de competência por parte do Judiciário. O termo ativismo foi utilizado pela primeira vez pelo jornalista Arthur Schlesinger em uma reportagem sobre o perfil dos juizes da Suprema Corte Americana, porém existe uma dificuldade de chegar a um consenso em relação ao seu conceito, isto porque ele pode variar de acordo com o posicionamento sobre o tema.

Certo é que o Ativismo Judicial significa uma postura ativa do poder Judiciário e uma preponderância em função dos outros Poderes e um dos principais motivos para que ele ocorra é a Judicialização da Política dos dias de hoje. Especificamente no caso brasileiro os outros dois poderes têm enfrentado uma falta de credibilidade por parte da sociedade e dificuldades de exercerem suas funções se mantendo inertes diante dos desejos sociais. Diante deste fato a sociedade acaba demandando esses anseio políticos e morais no Poder Judiciário.

O Ativismo se difere da Judicialização, uma vez que a esta é o fato de questões funcionais dos outros poderes estão sendo levadas ao Judiciário já o Ativismo é uma escolha do juiz ou tribunal da maneira como vai decidir tais questões. No Brasil o protagonismo do Judiciário ainda se agrava pela falta de segurança pública e os escândalos de corrupção dentro dos outros poderes o que gera um sentimento de impunidade na sociedade, que espera do Judiciário a correção dessas ações políticas.

Para os que defendem o Ativismo este é apenas um meio do Poder Judiciário concretizar os direitos previstos na constituição, porém diante dos exemplos demonstrados nesta pesquisa o mesmo Ativismo que garante um direito fundamental pode ser usado para suprimi-lo. Por isso a necessidade de estudar o instituto e entender os seus efeitos na prática.

Já se percebe um efeito negativo do Ativismo, o chamado Ativismo punitivista, para responder a cobrança de “justiça” frente ao sentimento de impunidade da sociedade o Judiciário, por meio do Ativismo, tem tentado no âmbito do Direito Penal e Processual Penal condenar a qualquer custo ignorando Princípios e garantias fundamentais.

Portanto é um dever dos operadores entenderem o Ativismo e suas consequência além de sempre serem cautelosos em sua utilização para que a Separação de Poderes e a democracia não sejam abaladas. Afinal, os membros do Poder Judiciário não são eleitos e, portanto não possuem representatividade social, e ao decidir questões contraria a lei feita pelo povo, por meio de seus representantes, o juiz ou tribunal baseia-se na sua própria moral e conceitos políticos que podem não ser os mesmos da sociedade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARISTÓTELES. **A Política**. (Tradução: Roberto Leal Ferreira). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

BARCELLOS, Ana Paula de **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Online.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil**. Portal do Governo, 2017. Disponível em: <https://justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 09 abr.2019.

_____. STF - SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5874**. Relator Ministro Luís Robert Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336271>. Acesso em: 08 abr.2019.

_____. STF - SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 937**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJ: 03/05/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acesso em: 08 abr.2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 06 abr.2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 06 abr.2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 abr.2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 06 abr.2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 06 abr.2019.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 06 abr.2019.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, (de 3 de outubro de 1941). **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 abr.2019.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, (de 7 de dezembro de 1940). **Código Penal.** Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%202.848-1940?OpenDocument. Acesso em: 08 abr.2019.

_____. Lei n. 4737 (de 15 de julho de 1965). **Código Eleitoral.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm. Acesso em: 08 abr.2019.

_____. Lei n. 7716 (de 5 de janeiro de 1989). **Define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 08 abr.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306 RJ.** Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 09/08/2016. Portal STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 08 abr.2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 06 abr.2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DALALRI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 30. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et.al. **Curso de direito constitucional.** 40. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Declaração de Direito do Bom Povo de Virgínia 16 de junho de 1776.** Liberdades Públicas. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 06 abr.2019.

_____. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Liberdades Públicas. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 06 abr.2019.

FONSECA, B. B; DUARTE, P. A.; DUTRA, V. P. F. Análise hermenêutica sobre foro por prerrogativa de função. **Âmbito Jurídico**, 2019 Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19442&revista_caderno=9. Acesso em: 08 abr.2019.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: O guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 07 abr.2019.

HALL, Kermit L. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KMIEC, Kennan D. The originan current meanings of “judicial activism.” **California Law Reivew**, v. 92, n. 5, oct. 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>. Acesso em: 07 abr.2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado®**. 22. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

LOCKE, John **Segundo tratado sobre o governo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2006.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARSHALL, Willian. Conservatism and the seven sings of judicial activism. **University of Colorao Law Review**, Chapel Hill, n. 73, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017.

MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster's Dictionary of Law**. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, tomo IV.

MONTESQUIEU, Baron de; SECONT, Charles de. **O espírito das leis** (Tradução por Cristina Murachco) – 2. Triagem- São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a competência por prerrogativa de função. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-novo-entendimento-do-supremo-tribunal-federal-sobre-a-competencia-por-prerrogativa-de-funcao-por-romulo-de-andrade-moreira>. Acesso em: 08 abr.2019.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>. Acesso em: 08 abr.2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: Método, 2014.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

REISS, Michel **Indulto presidencial ou judicial?** Dom Tota, 2018. Disponível em: <http://domtotal.com/noticia/1315348/2018/12/indulto-presidencial-ou-judicial/>. Acesso em: 08 abr.2019.

ROSA, A. M.; NABZONY, G. C. Modular os efeitos do indulto: por que para quê(m)? / **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-12/limite-penal-modular-efeitos-indulto-quem>. Acesso em: 08 abr.2019.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. / In: FELIT, André Luiz Fernandes. et al. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

SCHLESINGER JR., Arthur M. **The Supreme Court**: 1947. Fortune, v. 35, n. 73 jan. 1947.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**: Juge n'est pas Dieu. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. O Ativismo existe ou é imaginação de alguns. **Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 07 abr.2019.

_____. Direito Penal, interpretação extensiva e a ativismo judicial. **Canal Ciências Criminais**, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/direito-penal-interpretacao-extensiva-e-ativismo-judicial/>. Acesso em: 08 abr.2019.

_____. LEITE, G. S.; NERY Jr. N. **Crises dos Poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista, 2017.

_____. BARBA, R. G. D. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexys-stf>. Acesso em: 08 abr.2019.

TALON, Evinis. O Ativismo Judicial e o Processo Penal. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/533400005/o-ativismo-judicial-e-o-processo-penal>. Acesso em: 08 abr.2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA R. T. In: FELIT, George Salomão Leite; STRECK, Lenio; NERY JÚNIOR, Nelson. **Crises dos Poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista, 2017.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional** – atualizado até a EC n. 90/2015. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo **A Constituição e 1988, vinte anos depois**: Suprema Corte e ativismo judicial à Brasileira. São Paulo: Direito GV, v. 2 n.4, 2008.

YOUNG. Ernest Judicial Activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 74, n.4, 2002.

ATIVISMO JUDICIAL/PUNITIVISTA E A SEPARAÇÃO DE PODERES

SANTANA, Rafael Luccas Vieira¹; MAGLHÃES, Diego²

¹Aluno do curso de Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA. ²Professor orientador Ms. do Curso de Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHAGUERA.

A Separação de Poderes é um princípio essencial do Direito e sua adoção esta inteiramente ligada a ideia de Democracia. Nos dias de hoje este princípio pode estar ameaçado diante da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial. O trabalho visa analisar o fenômeno do Ativismo Judicial e sua relação com o Princípio da separação dos Poderes além dos riscos que este pode proporcionar a democracia, em especial o Ativismo praticado no Brasil além de debater se no caso brasileiro este instituto tem se tornado um Ativismo punitivista, afim de que no processo penal o réu seja condenado a qualquer custo, como forma de resposta à sociedade frente a impunidade instaurada no país. A escolha do tema deu-se pela relevância do mesmo bem como pela necessidade de abordar o instituto e a compreensão da dinâmica do Ativismo Judicial e visa analisar o Princípio da Separação de Poderes, o Ativismo judicial e se este último viola o primeiro. O tema é controverso e existem várias opiniões diferentes sobre o tema, que também serão analisadas neste trabalho. Para tanto será utilizado pesquisa doutrinária e jurisprudencial relacionadas ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Ativismo punitivista. Democracia. Judicialização da Política. Separação de Poderes.