

ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO LEGAL

JUDICIAL ACTIVISM AND PRINCIPLES OF LEGAL INTERPRETATION

Luis Fernando Araújo Sales Silva¹
Thiago de Sá Ricart Araújo²
Andréia Nádia Lima de Sousa Pessoa³

RESUMO: Este trabalho investiga o fenômeno do ativismo judicial e seu impacto adverso no processo penal. O ativismo judicial, caracterizado pela interpretação expansiva e proativa da lei por parte dos juízes, levanta questões críticas sobre a separação de poderes e a integridade do sistema legal. O estudo explora os efeitos negativos do ativismo judicial, incluindo a falta de previsibilidade nas decisões judiciais, o potencial para viés pessoal, a deslegitimação do sistema judicial e a ineficiência processual. Por meio da análise de casos emblemáticos e da revisão crítica da literatura, este trabalho busca proporcionar uma compreensão abrangente dos desafios enfrentados na busca por um equilíbrio entre a interpretação da lei e a justiça no contexto do processo penal, em especial realizar análise do artigo. 385 do Código de Processo Penal que autoriza o juiz proferir sentença condenatória em conflito com o parecer do Ministério Público que opina pela absolvição.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Processo Penal. Lei.

2070

ABSTRACT: This study investigates the phenomenon of judicial activism and its adverse impact on the criminal justice process. Judicial activism, characterized by judges' expansive and proactive interpretation of the law, raises critical questions about the separation of powers and the integrity of the legal system. The research explores the negative effects of judicial activism, including the lack of predictability in judicial decisions, the potential for personal bias, the delegitimization of the judicial system, and process inefficiency. Through the analysis of landmark cases and a critical review of the literature, this work aims to provide a comprehensive understanding of the challenges faced in striking a balance between legal interpretation and justice within the context of criminal proceedings. Translate, in especially to analyze Article 385 of the Criminal Procedure Code, which authorizes the judge to issue a guilty verdict in conflict with the opinion of the public prosecutor who advocates for acquittal.

Keywords: Judicial Activism. Criminal Procedure. Law.

¹Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA/ TERESINA-PI.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA/ TERESINA-PI.

³ Orientadora do curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA/ TERESINA-PI. Mestre em direito internacional e econômico pela Universidade Católica de Brasília/UCB,

INTRODUÇÃO

Em 1988, a Constituição Federal estabeleceu os princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico brasileiro, garantindo direitos e também garantias individuais, assim como a organização e competência dos poderes constituídos. No entanto, ao longo dos anos, diversos dispositivos legais têm sido questionados quanto à sua conformidade com os preceitos constitucionais, levando a debates importantes sobre a adequação das normas infraconstitucionais ao texto fundamental.

Nesse contexto, o Código de Processo Penal (CPP) é uma das áreas do direito que tem sido objeto de análises críticas à luz da Constituição. O artigo 385 do CPP, em particular, refere-se à sentença absolutória no processo penal brasileiro. No entanto, a interpretação e aplicação deste dispositivo têm gerado discussões quanto à sua constitucionalidade e conformidade com as garantias e os princípios previstos na Constituição de 1988.

Este trabalho se propõe a realizar uma análise aprofundada da constitucionalidade do artigo 385 do CPP no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Serão abordados os aspectos históricos, doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao tema, tendo o objetivo de avaliar se esse dispositivo se adequa aos princípios constitucionais que regem o sistema jurídico do Brasil. Ao longo deste estudo, serão explorados os argumentos a favor e contra a constitucionalidade do artigo 385 do CPP, bem como eventuais propostas de reforma ou revisão legislativa que possam surgir como resultado desse debate.

2071

Este trabalho adota uma abordagem metodológica centrada na revisão literária para explorar a interseção entre ativismo judicial e os princípios da interpretação legal. A escolha dessa metodologia é motivada pela necessidade de uma análise aprofundada e contextualizada das teorias, debates e contribuições acadêmicas existentes sobre o tema. A revisão literária abrange um espectro diversificado de fontes, incluindo obras teóricas, artigos acadêmicos, jurisprudência relevante e contribuições de renomados juristas. A variedade de fontes permite uma análise holística do ativismo judicial e da interpretação legal.

Dessa forma, este trabalho pretende contribuir para uma compreensão mais clara e fundamentada da relação entre as normas infraconstitucionais do processo penal e a Constituição Federal, destacando os desafios e oportunidades para o aprimoramento do sistema de justiça criminal no Brasil.

A presente revisão bibliográfica tem como objetivo explorar e analisar criticamente a intersecção entre o ativismo judicial e os princípios da interpretação legal. Para isso, será adotada uma abordagem estruturada e sistemática para reunir e examinar informações provenientes de fontes acadêmicas relevantes sobre esse tema. Serão utilizadas diversas fontes de informação, incluindo bases de dados acadêmicos, periódicos, livros, teses, dissertações e outros documentos relevantes. As palavras-chave a serem empregadas incluirão "ativismo judicial", "interpretação legal", "princípios de interpretação jurídica" e termos correlatos. A seleção das fontes se dará com base em critérios preestabelecidos, como a pertinência do conteúdo para o tema em questão, a data de publicação, a credibilidade e a relevância das fontes.

1 DIGRESSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Barroso (2010), a expressão "Ativismo Judicial" surgiu nos Estados Unidos e foi amplamente utilizada para caracterizar a atuação da Suprema Corte durante o período em que Earl Warren a presidiu, de 1954 a 1969. Durante esse intervalo, ocorreu uma mudança profunda e substancial em diversas práticas políticas nos Estados Unidos, impulsionada por uma abordagem progressista no que diz respeito aos direitos fundamentais.

2072

1.1 Abordagem conceitual, histórica no Brasil e no mundo

De acordo com Barroso (2015), "sob a Constituição de 1988, o direito constitucional evoluiu de uma posição de pouca relevância para alcançar seu auge em menos de uma geração". Isso se deveu à notória ineficácia das normas constitucionais anteriores a 1988. Conforme apontado por Barroso (2015), as classes dominantes consistentemente ignoravam o que a Constituição previa, construindo um poder à parte, que estava em desacordo com uma verdadeira democratização da sociedade e do Estado. Havia uma falta de respeito pela Lei Maior, uma indiferença em relação à discrepância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser. (BARROSO, 2015, p. 519)

A transição da Constituição para o centro do sistema jurídico, conforme ensinado por Barroso (2015), marcou o processo de constitucionalização do direito no Brasil. A partir de 1988, a Constituição não apenas detinha a supremacia formal, mas também uma supremacia material, auxiliada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Isso resultou em um efeito expansivo de suas normas, que passaram a irradiar

por todo o sistema jurídico brasileiro. Seus valores, objetivos públicos e comandos passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. (BARROSO,2015)

A efetividade alcançada pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, pode ser atribuída a três mudanças de paradigma identificadas por Barroso (2015), em sintonia com o direito constitucional contemporâneo. A primeira mudança reside no reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais, que passaram a ter aplicação direta e imediata, servindo como fundamentos em demandas de direitos e na argumentação jurídica. (BARROSO,2015)

A segunda mudança envolveu a expansão da jurisdição constitucional, que se materializou na autorização para que diversos órgãos e entidades apresentassem ações constitucionais diretas ao Supremo Tribunal Federal, com o propósito de exercer o controle de constitucionalidade e proteger os direitos fundamentais. Quando se aborda o tema do Ativismo Judicial, é crucial realizar uma breve análise da origem do termo. Suas raízes históricas contribuirão para uma compreensão mais profunda desse fenômeno, que embora incipiente no Brasil, está se tornando cada vez mais relevante em nosso cenário jurídico.

As discussões sobre o assunto tiveram seu início nos Estados Unidos, onde a controvérsia em torno da postura proativa da Suprema Corte norte-americana na interpretação da Constituição e sua interferência constante e significativa nas ações dos demais poderes têm uma longa história. Conforme observado por Barroso:

2073

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está 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.(BARROSO, 2010, p. 09).

No entanto, quando se afasta a conotação ideológica dessa expressão, visto que o ativismo judicial pode ser tanto progressista quanto conservador, o conceito refere-se, de maneira geral, a um maior envolvimento e participação do Judiciário na promoção e efetivação dos valores e objetivos delineados na Constituição. Isso envolve uma maior interferência nos domínios de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2010, p. 09).

Atualmente, observa-se um aumento notável da influência do ativismo judicial em todo o mundo, estendendo-se para além do cenário norte-americano, onde teve origem. Esse crescimento está relacionado à diversificação e expansão das instituições e da política, com destaque para países como Alemanha e Itália, onde se identificam influências do ativismo judicial em suas jurisprudências de Supremos Tribunais. Além disso, é importante mencionar a influência desse conceito na América Latina, com ênfase nos casos da Colômbia e da Costa Rica.

A distinção principal entre o Tribunal Constitucional alemão e a Suprema Corte norte-americana, como destacado por Campos (2014), reside na maneira como o sistema de direitos fundamentais é interpretado na Constituição alemã, promulgada em 1949 com o propósito de romper com um passado marcado por atrocidades cometidas pelo regime nazista. Segundo as lições de Campos em relação à interpretação do sistema de direitos fundamentais da Constituição alemã, enfatiza-se que esta ocorre de acordo com:

Ordem objetiva de valores, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ponderação, proporcionalidade, concordância prática, mínimo existencial, núcleo essencial são elementos de uma gramática de garantia dos direitos fundamentais que faz do caso alemão paradigma da importância que cortes constitucionais podem alcançar nos sistemas políticos e nas sociedades em que inseridas (CAMPOS, 2014, p. 100).

Assim, estabelece-se um Tribunal Constitucional amplamente acessível, investido de consideráveis poderes de decisão, com a responsabilidade exclusiva de realizar o controle judicial de constitucionalidade das leis e a missão de assegurar a concretização dos direitos fundamentais e a preservação da dignidade humana.

Conforme destacado por Campos (2014), Klaus Stern, um dos proeminentes advogados constitucionais na Alemanha, observa que o Tribunal Constitucional alemão, por meio de suas práticas de declaração de inconstitucionalidade, desempenha um papel direto na moldagem do direito no âmbito legislativo, evidenciando, assim, o ativismo judicial como um meio de garantir os direitos fundamentais.

Na Itália, de acordo com os ensinamentos de Campos (2014), os objetivos da ordem constitucional também visam romper com o passado totalitário do país, semelhante ao que foi buscado pela Alemanha após a Segunda Guerra Mundial. A Constituição italiana, portanto, estabeleceu princípios como a democracia como forma de governo, o reconhecimento dos direitos inalienáveis do ser humano, a igualdade de dignidade social, o dever do Estado de promover condições econômicas e sociais para o pleno desenvolvimento do indivíduo, a participação de todos os trabalhadores na organização política, social e

econômica do país, além de garantir liberdades clássicas, direitos políticos, direitos sociais e outros, com a finalidade de realizar o controle de constitucionalidade das leis por meio da Corte Constitucional.

Torna-se evidente que a antiga legislação fascista, ao coexistir com a nova e revolucionária Constituição italiana, criou obstáculos à aplicação dos direitos fundamentais assegurados pela nova Carta Magna do país. No entanto, essa dificuldade poderia ter sido superada se, naquela época, uma Corte Constitucional tivesse sido estabelecida. Até o ano de 1956, quando a Corte Constitucional foi finalmente instituída, era a Corte de Cassação que detinha a autoridade exclusiva para proferir decisões no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e também para garantir a uniformidade na interpretação da legislação ordinária. Com a atuação da Corte Constitucional por meio de suas sentenças, como explicado por Campos (2014), a Corte estabeleceu a capacidade de exercer o controle direto e concentrado sobre a constitucionalidade da legislação fascista anterior à Constituição, o que significa a preservação da primazia da Constituição rígida sobre as leis ordinárias, sem necessariamente revogá-las.

2 CASOS EMBLEMÁTICOS QUE ILUSTRAM OS EFEITOS NEGATIVOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL

2075

O ativismo constitucional engloba todas as ações que têm como objetivo a realização da Constituição, especificamente, trata-se do conjunto complexo e descentralizado de ações que buscam aplicar as normas constitucionais fundamentais em todas as esferas de poder, seja pelos agentes públicos, legisladores ou juízes. A transição do ativismo judicial para o ativismo constitucional implica em olhar para a prática ativista como uma parte intrínseca das funções de poder exercidas ao longo de mais de dois séculos no contexto do Estado constitucional. Isso requer abordar os desafios decorrentes das práticas judiciais intervencionistas ou construtivas, contrapondo-se às práticas judiciais autolimitadas e restritivas. Essa mudança de perspectiva é fundamentada em um compromisso ideológico inabalável com os princípios dos direitos fundamentais, uma abordagem teórica que desafia o positivismo jurídico tradicional e uma metodologia de aplicação que busca a máxima eficácia das normas constitucionais fundamentais. (BARROSO, 2015)

2.1 Ativismo no Processo Penal: vantagens e desvantagens

Define-se ativismo segundo a doutrina mais conceituada, a luz das responsabilidades do Supremo Tribunal Federal no contexto do Estado brasileiro de direitos fundamentais. Dessa maneira, será objeto de estudo a análise das normas constitucionais. Sempre que se inicia uma discussão sobre o ativismo judicial, as audiências se dividem entre seus defensores e opositores. As ações decorrentes do ativismo judicial tendem a inflamar os discursos, e há quem argumente que o poder legislativo perdeu seu lugar histórico nas democracias contemporâneas devido ao esgotamento ético de suas práticas políticas prejudiciais. Por outro lado, outros afirmam que o poder judiciário não possui legitimidade democrática para estabelecer regras de convívio social, uma vez que seus membros não são eleitos. (BARROSO,2015)

Além desses argumentos comuns, muitos outros procuram encontrar soluções estáticas, de preferência únicas e indiscutíveis, para o desafio da regulação dinâmica da vida em sociedade. Se a questão central do constitucionalismo no final do século XVIII e início do século XIX era legitimar a nação para essa tarefa, pode-se dizer que pouco mudou desde então. A diferença crucial reside no fato de que, naquele momento histórico, a aposta no poder legislativo como a função mais adequada e legitimada para representar a nação e cumprir essa missão não convence mais, ou pelo menos, não convence a todos.

2076

Neste momento, estão-se enfrentando uma encruzilhada, buscando compreender e defender, cada um à sua maneira, os caminhos mais viáveis para as democracias contemporâneas. É importante destacar que as melhores opções não podem ser encontradas em discursos inflamados e unilaterais, pois uma análise crítica satisfatória sobre o tema do ativismo judicial, abordando suas vantagens e desvantagens, deve ser equilibrada e dialética, respeitando e considerando todos os pontos de vista igualmente.

Portanto, o ativismo judicial é considerado uma parte integrante e intrínseca do ativismo legislativo e administrativo, necessários para o exercício das competências atribuídas constitucionalmente aos poderes. Os limites, excessos e potencialidades do ativismo devem ser abordados com a premissa de que somente os demais órgãos de poder têm a autoridade, no contexto democrático, para estabelecer limites e conter possíveis abusos dessa prática, que se torna inadequada se monopolizada por qualquer um dos atores envolvidos em qualquer forma de constitucionalismo.

2.1.1 Vantagens do Ativismo Judicial no Processo Penal.

Ao longo do tempo, o Poder Judiciário tem passado por mudanças e, sem dúvida, adotado novas abordagens na interpretação e tomada de decisões. Com o objetivo de promover a igualdade social, garantir o mínimo existencial e proteger a dignidade da pessoa humana, o Judiciário tem assumido um papel mais ativo na vida institucional do Brasil, inclusive cobrando ações do Legislativo e procurando corrigir suas omissões e atrasos.

Dessa forma, o ativismo surge como uma maneira de preencher as lacunas e superar as demoras do Judiciário que, por vezes, deixa de cumprir seu papel, conforme previsto na própria Constituição. Situações em que as disputas não são resolvidas devido à falta de leis ou à inércia do Congresso Nacional em aprovar leis resultam em conflitos que chegam ao Judiciário. Diante da impossibilidade de se abster de julgar, o Judiciário toma decisões ativistas, com o objetivo de garantir os direitos consagrados na Constituição.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Essas ações foram ajuizadas na Corte pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

2077

As ações buscavam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, com a extensão dos direitos e deveres dos companheiros nas uniões homoafetivas, nos mesmos moldes das uniões heterossexuais. A justificação baseava-se nos princípios fundamentais da igualdade e liberdade, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, todos eles consagrados na Constituição.

É importante notar que essa decisão foi tomada como resultado das Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Direta de Inconstitucionalidade (ADI), o que significa que a decisão foi tomada como resultado de uma provocação do Poder Executivo e do próprio Judiciário, em vez de ser uma iniciativa do Poder Legislativo, a quem cabe a função de legislar sobre o assunto. No entanto, diante da omissão legislativa, coube ao Judiciário, em particular ao Supremo Tribunal Federal, tomar uma decisão de cunho ativista.

O ativismo judicial no processo penal apresenta vantagens significativas. Ao garantir a proteção dos direitos fundamentais, adaptação à dinâmica social e agilidade na aplicação da lei, ele contribui para uma justiça mais efetiva. Essa abordagem também pode combater

a impunidade e promover equidade, corrigindo desigualdades. No entanto, é necessário considerar cautelosamente o equilíbrio entre a atuação judicial e os limites estabelecidos pela legislação, evitando possíveis extrapolações que comprometam a separação de poderes e a estabilidade jurídica.

Além disso, é importante destacar outros argumentos que apoiam o ativismo judicial. Em relação à questão principiológica, conforme argumenta Canotilho, os princípios não são mais considerados abstratos e gerais, sem utilidade prática, como no jusnaturalismo, ou meramente subsidiários, como no juspositivismo. Atualmente, eles têm status de normas constitucionais e ocupam o topo da hierarquia do ordenamento jurídico, refletindo os valores essenciais consagrados na Constituição.

Quanto à legitimidade dos membros do Poder Judiciário, ela deriva diretamente da Constituição. Os juízes não agem em nome próprio, mas em conformidade com a lei e com a autorização da própria Constituição. Ao aplicarem as leis e a Constituição, eles estão efetivando a vontade da maioria, ou seja, a vontade da maioria da população. Portanto, o ativismo judicial pode ser considerado um instrumento que fortalece a democracia.

Nesse sentido os ministros da suprema corte, em sede da ADO 26, entenderam que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia, decidindo o seguinte:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

Apesar das críticas de que o ativismo judicial viola a separação dos poderes, é importante notar que essa atuação proativa no contexto da Constituição Federal de 1988, que estabelece a divisão tripartite das funções do poder, sofreu mudanças significativas. O princípio da separação de poderes evoluiu desde sua concepção inicial, permitindo uma flexibilização que possibilita a intervenção positiva do Judiciário em outras esferas de poder.

2.1.2 Desvantagens do Ativismo Judicial, aspectos no Processo Penal.

A Constituição Federal de 1988 estabelece o princípio da separação dos poderes, que implica na clara distinção entre as funções legislativa, executiva e jurisdicional. Cada um

desses poderes deve desempenhar suas atribuições conforme os limites estabelecidos pela lei, evitando qualquer invasão na esfera de competência do outro poder, uma vez que a atuação de um deles pode restringir a atuação do outro. Isso significa que o Poder Judiciário não tem uma função original de legislar, mas pode entrar em ação quando há uma lacuna institucional, especialmente por parte do Poder Legislativo.

Um exemplo clássico dessa interferência no poder regulatório é o caso da "progressão de regime de cumprimento de pena em crimes hediondos", decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.959. Nesse caso, questionava-se a constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos (Lei Federal nº 8.072/1990), especificamente o seu artigo 2º, parágrafo 1º, que impedia a progressão do regime de cumprimento de pena para os acusados de crimes classificados como hediondos.

Em fevereiro de 2006, a maioria da Suprema Corte deferiu o pedido de Habeas Corpus e declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no artigo 1º do mesmo diploma legal. É importante destacar que a decisão do STF não tem caráter vinculante, uma vez que ocorreu em um contexto de controle difuso de constitucionalidade. O STF alegou que a proibição de progressão de regime prevista no dispositivo normativo violava o direito à individualização da pena, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal. Além disso, considerou essa proibição incongruente, pois desconsiderava o princípio da individualização da pena, uma vez que o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90 impunha um regime integralmente fechado, mas permitia o livramento condicional no artigo 5º.

2079

Por fim, o Tribunal alegou que o enunciado do parágrafo 7º do artigo 1º da Lei 9.455/97 revogou o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90. Embora essa revogação se refira especificamente ao crime de tortura, que é considerado hediondo, isso levou a uma mudança na execução da pena para os crimes hediondos, tornando o cumprimento inicialmente fechado, mas não completamente fechado, e, portanto, mais favorável aos acusados.

O principal argumento utilizado para justificar essa decisão foi o princípio constitucional da dignidade da pessoa. No entanto, sob esse argumento, o poder punitivo do Estado foi limitado, uma vez que a interpretação do Judiciário se sobrepôs à legislação criada pelo Legislativo (órgão primordialmente responsável pela elaboração de leis), que foi eleito

pelo povo com o propósito de endurecer as punições para garantir a individualização da pena em prol da proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a sociedade enfrenta uma crescente incerteza jurídica, pois não há garantia de que o Judiciário não continuará a declarar leis inconstitucionais com base na interpretação de outros princípios, visando garantir outras salvaguardas, e invadindo assim outras esferas de poder. Outro ponto relevante diz respeito à fundamentação principiológica, conforme argumentado por Streck (2004):

Ativismo é quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos. (STRECK, 2004)

Daniel Sarmento (2007) diz:

E a outra face da moeda é o lado E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2007, p. 14)

2080

Portanto, o ativismo, além de contrariar o princípio da separação dos poderes estabelecido na Constituição Federal, o que resulta no enfraquecimento dos poderes eleitos pelo povo e na subsequente desmobilização popular, nos coloca diante da preponderância moral do Judiciário, que, muitas vezes, toma decisões fundamentadas em argumentos principiológicos. Isso acaba sendo um fator significativo para o aumento da insegurança jurídica.

Em resumo, considerando tudo o que foi exposto, podemos concluir que o ativismo judicial desempenha um papel fundamental na realização dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, em particular o princípio da dignidade da pessoa

humana. Apesar dos riscos de criar insegurança jurídica, especialmente devido a possíveis decisões baseadas em pontos de vista individuais, a atuação ativa e ativista do Judiciário no cenário atual é fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

3 DESAFIOS ENFRENTADOS NA BUSCA POR UM EQUILÍBRIO ENTRE A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA LEGAL

Nessa toada, percebe-se que ao longo da história do direito processual no Brasil, a sua estrutura sofreu uma forte influência do código de Rocco Italiano de 1930, uma legislação que tinha como fundamento uma base inquisitiva, onde a condenação era tida como a regra e não exceção.

A despeito disso, o nosso regramento sofreu várias modificações ao longo do tempo, mas apenas reparações pontuais e retalhos, não afetando a sua verdadeira estrutura e base inquisitiva. Mas especificadamente, em relação ao art. 385, CPP que se mantém de pé até hoje, com uma grande gama de autores e operadores do direito que se negam e resistem a fazer uma análise mais profunda e detalhada do tema. Esse nefasto dispositivo ainda permanece em vigor, permitindo que o juiz prolate uma sentença condenatória mesmo contra o parecer do órgão presidente da ação penal.

3.1 Análise do Art. 385 do CPP

Considerando o sistema processual já estabelecido no Brasil, conhecido como o Sistema Acusatório, é necessário demonstrar que o artigo 385 do Código de Processo Penal não é aplicável, uma vez que não está em conformidade com o sistema jurídico nacional adotado. O referido artigo possui o seguinte texto:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 2012, p. 582).

Além disso, a Constituição Federal garante o princípio da ampla defesa e do contraditório, assegurando ao réu o direito a uma defesa efetiva. A possibilidade de uma sentença condenatória, mesmo com o pedido de absolvição pelo Ministério Público, pode ser questionada por ferir esse princípio, uma vez que limita a atuação da defesa em uma etapa crucial do processo. Portanto, enquanto a ementa defende a compatibilidade do artigo 385 do CPP com o sistema acusatório, argumentos contrários podem se basear na possível violação aos princípios constitucionais fundamentais, especialmente no que diz respeito ao direito de

defesa do acusado. Vale ressaltar que o sistema adotado no Brasil é o Sistema Acusatório, que se destaca pela separação nítida entre a entidade acusadora e o órgão julgador.

Como pode o órgão encarregado de proferir um julgamento, que idealmente deve ser imparcial, emitir uma sentença condenatória, mesmo quando a absolvição foi solicitada pelo órgão responsável pela acusação? Nesse cenário, a parcialidade do juiz se torna notória, uma vez que se espera que, logicamente, a defesa pleiteie a absolvição e, da mesma forma, a acusação também a recomende. Em conformidade com o princípio fundamental da imparcialidade do juiz e considerando a adesão ao Sistema Acusatório, não seria apropriado, exceto nos casos de absolvição, que o juiz emita outra sentença. No entanto, a primeira parte do Artigo 385 do CPP confere ao juiz a possibilidade ou faculdade de proferir uma condenação.

Além disso, o artigo 385 do CPP apresenta outra anomalia notável em sua segunda parte: "bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada" (BRASIL, 2012, p.1298). É bastante peculiar que o juiz possa reconhecer agravantes sem alegações por parte das partes, pois, para que seja viável a aplicação de agravantes e atenuantes na sentença, essas circunstâncias devem surgir das discussões das partes. Caso contrário, sua aplicação não seria apropriada.

Com base nos argumentos apresentados neste artigo, pode-se concluir que a aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal não está em conformidade com a legislação brasileira, uma vez que esse artigo entra em conflito com o sistema processual penal adotado no Brasil. Além disso, é inadequado atribuir ao juiz uma função que é exclusiva do Ministério Público, uma vez que, de acordo com o Artigo 385 do CPP, o juiz pode condenar mesmo quando o Ministério Público pede a absolvição, o que constitui uma invasão em uma competência exclusiva do promotor, ou seja, a função de acusação.

O juiz deve guiar sua conduta pela imparcialidade, limitando-se a conduzir o processo de forma que, ao final, com base em todos os fatos e evidências apresentados, possa resolver o conflito. O sistema processual adotado no Brasil é o Sistema Acusatório, no qual as funções de acusar e julgar são desempenhadas por órgãos diferentes (o Ministério Público acusa, o juiz decide). Portanto, o artigo 385 do CPP não está em conformidade com esse sistema e, conseqüentemente, não está alinhado com o princípio da imparcialidade do juiz, e, portanto, não deve ser aplicado no sistema de justiça penal brasileiro.

Segundo STJ, RESP/PA 0035644-0, (2022):

ART. 385 DO CPP. DECISÃO CONDENATÓRIA A DESPEITO DO PEDIDO ABSOLUTÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTS. 3º-A DO CPP E 2º, § 1º, DA LINDB. NÃO VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA DE DERROGAÇÃO TÁCITA DO ART. 385 DO CPP.

3. Conforme dispõe o art. 385 do Código de Processo Penal, é possível que o juiz condene o réu ainda que o Ministério Público peça a absolvição do acusado em alegações finais. Esse dispositivo legal está em consonância com o sistema acusatório adotado no Brasil e não foi tacitamente derogado pelo advento da Lei n. 13.964/2019, que introduziu o art. 3º-A no Código de Processo Penal.

O Superior Tribunal de Justiça analisando essa problemática entende que a busca probatória de ofício pelo juiz não deve ser absolutamente negada, mas sim ter limites a essa atuação, a fim de que seja preservada sua imparcialidade em consonância com o sistema acusatório, para que esses poderes sejam validamente exercidos. O juiz não é neutro, pois nós seres humanos somos cheios de valores e crenças que carregamos ao longo de nossa existência, logo estamos carregados de pré-compreensões, pré-conceitos, e com o magistrado não seria diferente.

Porém o juiz deve ser imparcial, de modo que esta é uma construção técnica e artificial do direito para colocar no processo, a existência de um terceiro equidistante com estranhamento e afastado das partes. O STJ já decidiu no sentido de conhecer a compatibilidade do dispositivo com o sistema acusatório delineado pela Constituição

2083

É pacífico o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que o artigo 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não havendo falar em ilegalidade quanto ao posicionamento diverso da manifestação ministerial, diante do fato de o Magistrado gozar do princípio do livre convencimento motivado. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.850.925/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 22/10/2020, grifei)

De um lado, há honrados autores que afirma a incompatibilidade do Art. 385 do Código de Processo Penal, com o sistema acusatório em vigor, fortalecido mais ainda pelo art. 3º- A, do CPP.

Art. 3º - A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Para os que acreditam dessa forma, como Aury Lopes Júnior, Alexandre Moraes da Rosa, Geraldo Prado, entre outros, se o juiz condenasse em descompasso com o pedido de absolvição feito pelo titular da ação penal estaria agindo “ex officio”, violando o princípio do contraditório e da ampla defesa, de modo que, sem pedido de condenação final estaríamos

diante de uma decisão surpresa e não teria a defesa se opor aos fundamentos utilizados pelo juiz no momento da sentença.

Durante a votação contra, o Ministro Sebastião Reis Júnior ficou vencido nessa decisão. A Ministra Laurita Vaz expressou preocupações quanto à possibilidade de comprometimento da imparcialidade do julgador por inclinações inquisitórias. Ela não se convenceu de que o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público deva ter esse peso no julgamento, manifestando dúvidas sobre a suposta violação ao sistema acusatório.

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ: Eminentes Pares,

Refleti detidamente acerca dos judiciosos fundamentos expostos pelos Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz em seus respectivos votos e destaque, de início, o privilégio de integrar um órgão colegiado capaz de produzir este elevado debate, que toca o sensível tema dos limites da atuação jurisdicional no contexto do sistema acusatório.

Compartilho com os colegas que me antecederam neste julgamento, a preocupação de que a imparcialidade do julgador não seja comprometida por inclinações inquisitórias, as quais, consoante detidamente ressaltou o Ministro Rogério Schietti, fincaram fortes raízes no processo penal brasileiro.

No entanto, pedindo vênua ao eminente Relator, não me convenci de que o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público deva vincular o julgador, tampouco de que a prática importe em violação ao sistema acusatório. Em outras ocasiões, recorrendo à interpretação sistemática, tive a oportunidade de me manifestar pela compatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com o atual modelo acusatório e garantista, sendo ilustrativa a ementa que abaixo transcrevo.” (Ementa 385, CPP)

É inegável a opção escolhida pela carta política no que diz respeito ao sistema acusatório, no momento em que ela intitula o ministério público como titular da ação penal, segundo a inteligência do art. 129, I, CF. Entretanto, entendeu o STJ, de forma equivocada ao nosso entender, pela compatibilidade do dispositivo do art. 385, CPP pela Constituição/88 e não derrogação tácita pela lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime). O voto do Superior Tribunal de Justiça teve como relator o ministro Sebastião Reis Júnior em face do Resp. nº 2022413.

Nosso sistema processual penal é delineado através da Constituição como acusatório. Ada Grinover sinteticamente distinguiu os dois modelos:

No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto, no segundo, as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo.

(GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. In: A marcha no processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 78)

Já para outros, tais como Eugênio Pacelli, Douglas Fischer, Guilherme de Souza Nucci advogam pela plena validade do dispositivo que segundos os honrados autores pensam que, quando o Ministério Público pede a absolvição do acusado, ainda assim o juiz está autorizado a condená-lo, dada, também aqui, sob a ótica do Poder Judiciário, a soberania do ato de julgar.

Diante disso, a Suprema corte decide pela compatibilidade do dispositivo, com base no voto da ministra, a decisão da Sexta Turma do STJ, acompanhada pelos Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz, foi favorável à posição defendida pelo Ministro Rogério Schietti Cruz. Eles conheceram parcialmente de um recurso especial e, nessa extensão, negaram-lhe provimento. A interpretação defendida foi no sentido de que o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público não deve vincular o julgador, dentro do contexto do sistema acusatório. Diante da soberania da jurisdição pertence tão somente ao órgão julgador, e afirmando que o parecer do ministério público não seria vinculante sob pena de torna o juiz um mero executor da vontade do órgão de acusação. Sendo o magistrado deve, analisando o caso concreto, escolher o melhor direito a ser aplicado em cada caso.

2085

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negando-lhe provimento, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz, a Sexta Turma, por maioria, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz. Vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jesuíno Rissado (Desembargador convocado do TJDFT parte superior do formulário) (Ementa 385, CPP)

O resultado da votação mencionada anteriormente, em que a maioria se posicionou a favor, ressalta a relevância crucial de fundamentos jurídicos na aplicação desse direito específico. Isso evidencia a complexidade subjacente e a imprescindibilidade de uma análise detalhada e cuidadosa para cada situação que se apresente. Portanto, os votos a favor e contra da ementa 385 da CPP revelam a complexidade e diversidade de interpretações no âmbito jurídico. Enquanto os votos favoráveis podem destacar a necessidade de determinada aplicação, os contrários podem enfatizar preocupações com outras nuances legais ou

contextuais. Essa divergência ressalta a complexidade do direito e a importância do debate para o aprimoramento das decisões judiciais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi dito durante essa pesquisa, suscita dúvida acerca da (in) constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal em face a Constituição Federal e o sistema acusatório vigente.

Para abordar a inadequação do Art. 385 do Código de Processo Penal, é essencial abordar a função do Ministério Público como o órgão encarregado de iniciar o processo penal. A Constituição Federal, no Art. 129, I, confere ao Ministério Público a responsabilidade exclusiva de promover a ação penal, seja ela condicional ou incondicional. Como destacado por Capez (2009), "a nova Constituição da República atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a propositura da ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada."

Considerando esse contexto, a inconstitucionalidade do artigo 385 do CPP se fundamenta na inequívoca violação ao sistema acusatório, à separação de funções, à imparcialidade e à impossibilidade de o juiz agir de ofício nessa etapa do processo, com base no voto do Ministro Sebastião Reis Junior.

2086

Esses aspectos fundamentais do sistema jurídico brasileiro podem ser impactados pela permissão de uma sentença condenatória, mesmo quando o Ministério Público pleiteia a absolvição.

Como examinado oportunamente, o art. 385, CPP exaure o exercício do método do contraditório, por impossibilitar o pleno exercício dialético de contraposição dos argumentos lançados para sustentar-se uma condenação. Ademais, essa acumulação ilegítima de funções acaba por ofender o art. 8.1 da convenção interamericana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil e internalizada por meio de decreto 678, de 1992), especialmente quando define o direito de um juiz imparcial.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça entendeu de forma diversa, entendendo como compatível ao sistema acusatório e constitucional o dispositivo do art. 385, CPP no Resp PA nº 2.022.413. Como principais argumentos a soberania das decisões judiciais e indisponibilidade da ação penal, da forma que o pedido de absolvição do ministério público

não vincula o magistrado, podendo este condenar o acusado se assim entender conforma as provas tidas nos autos.

Conforme o voto dos Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antônio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz, não se convenceram que o pedido de absolvição do Ministério Público deva vincular ao juiz, muito menos que tal prática importe na violação do sistema acusatório.

Desta forma, conclui-se que a doutrina majoritária adotada no Brasil é pela constitucionalidade da norma conforme o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577-578.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930**, 10 jul. 2011. Disponível em:. Acesso em: 4 out. 2023

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. **Consultor Jurídico, 22 dez.2008**. Disponível em:. Acesso em: 03 out. 2023

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional**. In **FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (Org.)**. **Interpretação Constitucional: Reflexão Sobre a (Nova) Hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 164.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. **“Sabe con quien está hablando?”: algunos apuntes sobre el principio de la igualdad en el Brasil contemporáneo**. **SELA 2015, La desigualdad: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política**, 2015.

BÖCKENFÖRDE apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. **Coimbra: Livraria Almedina**, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16 ed.; São Paulo: Saraiva, 2009.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário?. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 05 abr. 2015. Disponível em:< http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=artigos_leitura&artigo_id=11605>. Acesso em 20 de out. 2023.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário?. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 05 abr.2015. Disponível em:. Acesso em 20 de out. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 322 e 328.

CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais**. 2014. Disponível em:

<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

GUEDES, Júlia. **Pode o magistrado proferir sentença condenatória ainda que o ministério público tenha opinado pela absolvição do acusado? uma análise crítica do art. 385 do CPP**. 2014. Disponível em:

http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/JuliaGuedes.pdf. Acesso em: 13 nov. 2023

HESSE, Konrad. **Força normativa da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. 44

JELLINEK, G. apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 254 e ss.

RUPP, H. H. apud SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. II. ed. Porto Alegre: **Livraria do Advogado**, 2012. p. 151. Nota 460.

2088

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. II. ed. Porto Alegre: **Livraria do Advogado**, 2012. p. 151. 45`50.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjus fundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais**. Curitiba: CRV, 2014. p. 41-43

SARMENTO, Daniel I (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.