



O ATIVISMO JUDICIAL DENTRO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E SEUS EFEITOS NA APLICAÇÃO DA PENA¹

Kássio Vinicius Rocha Siqueira²

Victor Henrique Fernandes e Oliveira³

RESUMO: O presente artigo tem como objeto colocar em pauta alguns aspectos históricos relacionados ao instituto conhecido como “ativismo judicial” e como se dá seus efeitos no Direito Brasileiro, em especial no campo penalista. O estudo traz o contexto histórico do ativismo judicial e sua origem no campo internacional, vez que, não trata de uma questão nascida no Brasil, além disso, é realizado uma análise comparativa entre alguns casos de grande repercussão no mundo jurídico e na esfera política. Outro aspecto importante colocado em pauta é sobre a relação que tem a origem do ativismo judicial com os direitos sociais e direitos fundamentais, muitos deles cláusulas pétreas constitucionais expressamente protegidos pela CRFB/88. Também é pautado no presente, os efeitos negativos e positivos que algumas decisões da Suprema Corte Brasileira, baseadas no pleno exercício da atividade legislativa atípica, surtiram no Direito Penal e na aplicação das penalidades e sua execução. Por fim, a análise dos casos concretos é realizada de acordo com os efeitos surtidos na opinião pública e política, concluindo, desta forma, em aspectos gerais amplos quais são os efeitos do ativismo judicial no direito penal brasileiro e na aplicação da pena e como as decisões são vistas no mundo dos profissionais do direito e também fora dele. O estudo foi elaborado por meio de uma vasta revisão bibliográfica, estudo de casos concretos, doutrinas entre outros.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Direito Penal. Processo Penal. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to place on the agenda some historical aspects related to the institute known as judicial activism and how its effects on Brazilian Law take place, especially in the penalist field. The study brings the historical context of judicial activism and its origin in the international field, since it does not address an issue born in Brazil, in addition, a comparative analysis is carried out between some cases of

² Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Jussara. E-mail: kassioviniciusrs@gmail.com

³ Professor Esp. em Direito Civil, Proc. Civil e Direito do Trabalho. pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, E-mail: profvictorfernandes@yahoo.com

great repercussion in the legal world and in the political sphere. Another important aspect put on the agenda is the relationship that has the origin of judicial activism with social rights and fundamental rights, many of them constitutional standing clauses expressly protected by CRFB/88, is also based on the present, the negative and positive effects that some decisions of the Brazilian Supreme Court, based on the full exercise of atypical legislative activity, criminal law and the application of penalties and their execution. Finally, the analysis of concrete cases is carried out according to the effects on public and political opinion, concluding, in this way, broad general aspects of the effects of judicial activism on Brazilian criminal law and and in the application of the penalty and how decisions are seen in the world of legal professionals and also outside it. The study was elaborated through a vast bibliographical review, study of concrete cases, doctrines, among others.

KEYWORDS: Judicial Activism. Criminal Law. Criminal Procedure. Supreme Court STF.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é composto com base na tripartição dos poderes, sendo eles os seguintes: Executivo, Legislativo e o Judiciário, além disso, no meio jurídico sempre é muito falado e debatido sobre as funções típicas e atípicas de cada poder e como elas se aplicam em cada situação. Neste sentido, por meio do presente estudo é que se pretende chegar a um objetivo específico, que é analisar as funções atípicas do Poder Judiciário na seara do direito penal e do processo penal, demonstrando como essas atipicidades praticadas por meio de determinados institutos, principalmente por meio Ativismo Judicial, podem afetar nosso ordenamento jurídico, bem como, podem acarretar em diversas crises institucionais e políticas.

Do ponto de vista geral, o ativismo judicial se reflete particularmente nas áreas constitucional, civil e penal do Direito, porém, o presente estudo concentrará o seu foco sobre o prisma do Direito Penal, uma vez, na linha na temporal abordada pelo estudo, a área do Direito Penal e Processual Penal parece ser a que mais sofreu influência do ativismo. Além disso, é a que trata do sistema punitivo daqueles que cometem crimes, tendo assim, grande influência na sociedade e na política.

O ministro do STF Luis Roberto Barroso (2012, p. 25-26) traz uma ideia do que é o ativismo judicial:

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.

De modo genérico, o ativismo judicial nada mais é que o Poder Judiciário exercendo sua função atípica por meio de novos entendimentos ou entendimentos mais abrangentes sobre determinados temas, sendo que muitas vezes tal prática é vista dentro do direito penal por meio da interpretação literária ou não da lei. Um grande exemplo disso são as recentes e diversas mudanças sobre a execução da pena após condenação em segunda instância, o que gerou divergência de opiniões, inclusive sobre sua aplicação e sua viabilidade acerca do princípio da legalidade e presunção da inocência.

Neste sentido, os efeitos positivos e negativos causados pelo ativismo judicial dentro do Direito Penal Brasileiro são colocados em discussão, e para melhor compreensão da temática, se faz essencial a análise de casos com grande repercussão midiática e política, abarcando dentro de seu escopo julgados em que houveram um nítido exemplo da atuação judiciária neste sentido, tudo isso sobre a ótica e opinião de grandes nomes do Direito Brasileiro.

Outro aspecto que será abordado dentro do estudo, baseado no teor de cada decisão e de cada objeto de discussão, é a relevância social de alguns casos, isto é, quanto à condição econômica e a influência dos envolvidos, vez que, na maioria, dos casos na visão de muitos brasileiros, a interpretação da lei de forma extensiva ou restritiva só é aplicada em se tratando de questões de grande repercussão, em que os envolvidos são resguardados por aspectos já mencionados anteriormente, isto no sentido de que para a atuação do Judiciário acontecer, deve se ter grande relevância política ou econômica, o que pode ligar o objeto do estudo diretamente a centralização do poder e o uso do direito em benefícios singulares, não sendo estes efeitos causados pelo clamor ou por meio da necessidade da coletiva, não atingindo o real objetivo do ativismo em relação a aplicação das normas.

Por fim, são pelos motivos antes abordados que o tema foi escolhido, sendo a metodologia de estudo e desenvolvimento realizada através de pesquisa bibliográfica que englobou doutrinas, decisões, jurisprudências, súmulas e julgados. Para finalizar, o estudo visa contribuir com a sociedade acadêmica e também com a sociedade geral,

vez que, o tema é ainda é bastante restrito, sendo posto a vista os dois lados (positivo e negativo) para conclusão e formação da opinião do leitor acerca do tema.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NA HISTÓRIA: ORIGEM E EFEITOS.

Para compreender os aspectos gerais e os principais objetivos do ativismo dentro do Poder Judiciário, primeiro é necessário buscar entender seu contexto histórico, para assim buscar a compreensão do assunto de maneira ampla de modo que não deixemos a insatisfação política com o legislativo e com o Judiciário nos corrompa as ideias, antes mesmo de logarmos êxito na sua compreensão.

Acerca do ativismo judicial, muitos doutrinadores divergem sobre sua origem exata e local de seu surgimento, o que pode se dizer com precisão é que seu nascimento se deu por volta dos anos 1930 – 1940, conforme explica o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). (BARROSO, 2009 p. 07)

Outro entendimento sobre o nascimento do ativismo judicial vem por meio dos ensinamentos Luiz Flávio Gomes, e remete também a atuação da Suprema Corte Americana, conforme é possível extrair na seguinte passagem:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. 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 *apud* GRANJA, 2013, on-line).

Diante dos exemplos cujo objeto é o ativismo judicial na história, pode se observar que em ambos anteriormente citados, acerca de seu nascimento existem questões políticas e sociais, em que o Poder Judiciário exerceu interpretações extensivas no sentido de assegurar direitos. Como se vê, em um primeiro momento, a expressão ativismo judicial, nada tinha a ver com métodos hermenêuticos ou de

interpretação, traduzia uma postura tomada pelos juízes no enfrentamento de questões políticas e legislativas submetidas ao crivo do judiciário

Outro aspecto do ativismo judicial no contexto histórico parte da fragmentação dos poderes e dos direitos individuais de primeira geração, além da limitação dos poderes de forma horizontal: legislativo, executivo e judiciário, sendo eles adaptados ao originário movimento democrático que teve origem com a revolução burguesa no século XVIII. Das várias etapas desta sedimentação uma tomou maior notoriedade – o governo deixa a monarquia absolutista e inaugura o período republicano com ênfase na igualdade de direitos, e a propositura de um Estado marcado pela democracia, leis e a Justiça.

Na seara do direito penal, o seu protagonismo é marcado a partir do século XVIII e XIX, com a conceituação dos poderes, originando os primeiros resquícios da prática do ativismo judicial, e se dá no momento em que a sociedade começa a debater sobre os na forma tripartida: executivo, legislativo e judiciário. Para o direito penal e a aplicação das penas, a tripartição dos poderes decai de forma positiva, isto pode ser dito na perspectiva da humanização dos direitos e na propositura de um processo penal mais eficaz e que veio a trazer maior segurança jurídica, libertando assim muitos do arbitrário de uma monarquia. A partir do momento em que o direito penal passa a ser estudado como uma ciência é que se houve falar em divergência de pensamentos e diversas interpretações para sua aplicação, neste sentido Silva Filho (2019 on-line) assevera:

O Crime começou a ser estudado como uma ciência, abandonando definitivamente o sistema de ordálias ou vontade do soberano e dos chefes tribais que puniam de acordo com totem e tabus. Agora o crime é um fenômeno estudado por etapas divididas em fato típico, antijurídico e culpável.

Sobre a definição e conceituação do fenômeno ativismo judicial seu enfoque, diga-se, muito mais ativista que aquele conceito aplicado pela primeira vez em 1947, que dizia que o ativismo do judiciário somente ocorria quando o mesmo, se sentia/considerava na obrigação de interpretar a lei visando garantir direitos, hoje temos um conceito é mais abrangente, vejamos:

Ativismo Judicial é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não

se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2013, *apud* DIAS 2016, online)

Por outro lado, Para muitos o Brasil não é seguro juridicamente, desta feita, o país se torna instável do ponto de vista político e social e até mesmo econômico. Nesta toada, podemos observar o período compreendido entre 2004 e 2019, em que ocorreu uma forte influência política e ideológica nos pronunciamentos dos ministros deste Tribunal, principalmente no que diz respeito ao direito penal, sendo que um dos maiores exemplos da divergência dos mesmos é acerca do Ministro Gilmar Mendes e suas opiniões acerca da prisão em segunda instância, tendo em vista os diversos momentos políticos que o país se encontrava.

Em que pese o ativismo judicial seja uma qualidade, atribuída a um determinado perfil de julgamento de cada juiz ou corte, o instituto sempre foi e continua sendo, alvo de diversas críticas, vez que, muitas vezes é usado para usurpar prerrogativas de outros poderes do Estado, objetivando a mudança de paradigmas ou até mesmo a mudança do ordenamento jurídico em benefício de outrem. Assim é possível compreender que o conceito de ativismo judicial não teve sua origem baseada num fato concreto, mas sim numa classificação de opinião e atitudes dos magistrados, ministros e do comportamento de cada corte.

3 O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.

O princípio da legalidade que também é conhecido como princípio da reserva legal é um dos mais importantes para a aplicação do bom direito, de modo especial na seara penal. Trata-se de um princípio que regula a aplicação da lei penal, de modo limitado, isto no sentido de que toda penalidade deve ser acompanhada de sua tipificação e de sua cominação legal.

Neste sentido é impossível compreender o mecanismo de como é realizada a aplicação da lei penal sem que antes seja levado em consideração o princípio da legalidade/reserva legal, considerando também o que se firma ao lado das demais garantias constitucionais de proteção aos direitos e liberdades individuais. O estudo

desse princípio, portanto, é imprescindível à correta análise do funcionamento do Direito Penal no contexto de nosso atual Estado de Direito.

O princípio da legalidade em sentido amplo está explícito na Magna Carta de 1988, especificamente no Art. 5º, II, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, no tocante a esfera penal sua interpretação está consolidada na juntamente com o Art. 5º, XXXIX da CRFB/88, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1988).

Outro aspecto importante sobre a importância da limitação de atuação do direito penal por meio do princípio da legalidade é no sentido de que somente deve ser avocado quando nenhuma outra área conseguir abarcar o problema, desta forma, a doutrina trata a aplicação das normas penais como “a última das armas” (*ultima ratio*), afinal, somente deverá ser evocado tal instituto, caso as demais normas do ordenamento jurídico não forem capazes de solucionar a lide. Vejamos o que diz o nobre doutrinador Luis Flávio Gomes:

Ultima ratio significa “última razão” ou “último recurso”. É uma expressão com origem no Latim e frequentemente empregada no Direito. Diz-se que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, é o último recurso ou último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se apenas quando não seja possível a aplicação de outro tipo de direito. (LIMA *apud* GOMES, 2014. On-line)

Diante do que diz o princípio da legalidade e sendo o direito penal aplicado somente em último caso, é possível chegar a compreensão de um dos casos mais polêmicos da história do direito penal moderno, sendo protagonizado pela Suprema Corte Brasileira e com influência direta dos entes políticos – trata-se da execução da pena após condenação em segunda instância, especialmente no que diz respeito a prisão do Ex – Presidente Luís Inácio Lula da Silva (PT).

No Brasil, assim como em diversos outros países, é preciso considerar o fato de que os ministros da mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal, exerceram atribuições políticas no sentido de viabilizar suas indicações para ocuparem seus postos. É por essa relação política que o caso a ser estudado com maior atenção é o do Ex – presidente Lula, vez que o mesmo e seus sucessores, todos do mesmo partido político, são responsáveis pela indicação da maioria das cadeiras da corte.

Primeiramente é necessário relembrar o que diz o Código de Processo Penal Brasileiro em seu artigo 283:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de **condenação criminal transitada em julgado**.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (BRASIL, 1941. *Grifo nosso*).

Foi com diversidade de interpretações deste dispositivo é que se iniciou um dos maiores casos de ativismo judicial no Brasil, muito embora não pareça haver questões dúbias na interpretação da norma, o STF pela primeira vez no ano 2016 entendeu que caso o réu sofra condenação em segundo grau por meio de colegiado, era sim possível o início da execução da pena. Para maioria da corte tal entendimento não era contrário ao princípio constitucional da presunção da inocência nem da legalidade, vejamos um dos votos proferidos pelo Ministro Edson Fachin:

Primeiro a votar na sessão de hoje, o ministro Edson Fachin abriu divergência em relação ao relator e votou pelo indeferimento da medida cautelar, dando ao artigo 283 do CPP interpretação conforme a Constituição que afaste aquela segundo a qual a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Ele defendeu que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

Fachin destacou que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta. Para ele, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) exercer seus papéis de uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Segundo ele, retomar o entendimento anterior ao julgamento do HC 126292 não é a solução adequada e não se coaduna com as competências atribuídas pela Constituição às cortes superiores. Por fim, afastou o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, entendendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência. (STF, 2016).

A possibilidade da execução da pena nestes moldes foi mantida até 2019, quando após pressões políticas, principalmente sobre o caso do ex – presidente, o STF mudou o entendimento, inviabilizando assim tal possibilidade. Um dos pontos importantes a ser destacado é que em 2016 o Ministro Gilmar Mendes seguiu a

mesma linha de pensamento de Fachin, todavia no julgamento de 2019, Mendes firmou um novo entendimento:

Ministro citou o julgamento HC 126.292, em 2016, e disse que, a partir do julgado, começou a se preocupar com a práxis que passou a se desenvolver com a prisão provisória e com os desdobramentos dos julgamentos após a decisão em 2ª instância. Assinalou: "prisão provisória de caráter permanente". Para ele, houve um "desvirtuamento" dos Tribunais, pois o que foi decidido pelo STF foi a possibilidade da prisão após a condenação em 2ª instância, e não a obrigatoriedade. Gilmar destacou que os tribunais passaram a entender, equivocadamente, que a execução da pena seria imperativa. (MIGALHAS, 2019. On-line).

Casos como este não são raros no país, muitos outros semelhantes que impactaram na aplicação das penas ocorreram, e assim possível afirmar que novos virão, vez que, a cada dia vivemos em um mundo mais politizado e com mais acesso a informação, o que muitas vezes corrobora para a polarização extrema da política e impacta diretamente o direito e a segurança jurídica de nosso país.

4 A TERCEIRA DIMENSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E A POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO LEGISLAR – A DECISÃO DA SUPREMA CORTE EM RELAÇÃO AOS CASOS DE ANENCEFALIA.

Outro tema impactante na seara política, religiosa e da interpretação da norma penal em um sentido que seja contrário ao princípio da legalidade em sua forma estrita, é a possibilidade da realização do aborto nos casos de anencefalia, possibilidade que foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal em uma análise extensiva da norma, ou seja, fruto do ativismo judicial através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.

Antes de qualquer debate, primeiro é necessário entender o conceito da anencefalia e seus efeitos no corpo humano:

Segundo o Doutor Thomaz Gallop, médico geneticista e professor da Universidade de São Paulo, a anencefalia trata-se do não desenvolvimento da caixa craniana e do encéfalo, o que de fato existe presente é o tronco encefálico, que é a parte superior da medula e fica na região do pescoço. A anencefalia é um defeito congênito, que atinge o embrião por volta da quarta semana de desenvolvimento, ou seja, numa fase muito precoce. Em função dessa anomalia, ocorre um erro no fechamento do tubo neural, sem o desenvolvimento do cérebro. A chance de sobrevivência por um período prolongado é absolutamente inviável (CHACUR;POLEGATI, 2016. on-line).

Conforme pode se extrair do exposto anteriormente, a anencefalia causa efeitos permanentes e incuráveis na pessoa, além disso, os efeitos são desde o nascimento e como já citado são irreversíveis. Nos casos de anencefalia, segundo a medicina atual, não existem métodos de tratamento ou cura que possa viabilizar a vida, a morte do feto é inevitável, trata-se de morte cerebral, mesmo que o coração funcione não há vida sem atividade cerebral.

Já no mérito da discussão jurídica quanto ao assunto temos vários fatores que levaram o STF a tomar a decisão no sentido de legalizar o aborto nesses casos, além disso, existem interpretações extensivas de outras normas que não pertencem especificamente ao direito penal, sendo usadas como meio de equiparação e como base legal para formalização da decisão. Um das normas colocadas em pauta foi a Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

Preliminarmente é necessário ressaltar que a tipificação do crime de aborto compreende como bem jurídico tutelado a vida, todavia, para o Supremo Tribunal Federal, aplicando-se a analogia extensiva trazida através da interpretação do Art. 3º da Lei 9.034/95, que tem a seguinte redação:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (BRASIL, 1997).

No julgamento do mérito que inclusive houve o acompanhamento o de várias entidades de qualificação nacional na qualidade de *amicus curiae*, dentre elas a CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil; Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos; Instituto de Bioética, Direitos e Gênero, o Supremo Tribunal Federal, por maioria (8x2), acompanhando o voto do Relator Ministro Marco Aurélio, julgou procedente o pedido formulado na ADPF 54 que entendeu ser inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico caracteriza a conduta tipificada nos artigos 124 ou 126 do Código Penal, que tem a seguinte redação:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos. [...];
Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante
Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL, 1940).

Uma das razões que levam a entender a necessidade do Poder Judiciário por muitas vezes compreender a norma penal de forma mais extensiva, não se abstendo tão somente a leitura do princípio da reserva legal ou da legalidade, foi trazida claramente no voto do Ministro Relator, conforme extrai-se do resumo das principais alegações trazidas pelo Ministro Marco Aurélio, vejamos:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher, afirmou o ministro, ao sustentar a descriminalização da prática. Para ele, é inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição. [...] Em seu voto, o ministro Março Aurélio sustentou que na ADPF 54 não se discute a descriminalização do aborto, já que existe uma clara distinção entre este e a antecipação de parto no caso de anencefalia. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível, frisou. A anencefalia, que pressupõe a ausência parcial ou total do cérebro, é doença congênita letal, para a qual não há cura e tampouco possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura, afirmou o ministro. Nesse sentido, no entendimento do relator, não há que se falar em direito à vida ou garantias do indivíduo quando se trata de um ser natimorto, com possibilidade quase nula de sobreviver por mais de 24 horas, principalmente quando do outro lado estão em jogo os direitos da mulher. Dados apresentados na audiência pública demonstram que a manutenção da gravidez nesses casos impõe graves riscos para a saúde da mãe, assim como consequências psicológicas severas e irreparáveis para toda a família. Código Penal. Em relação ao fato de não haver menção no Código Penal aos casos de anencefalia como quesito autorizador de interrupção de gravidez, o ministro Março Aurélio argumentou que nas décadas de 30 e 40, quando foi editado o Código Penal hoje vigente, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente esse tipo de anomalia fetal. Mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida, afirmou. Além disso, ele lembrou que, naquela época, o legislador, para proteger a honra mental e a saúde da mulher, estabeleceu que o aborto em gestação oriunda do estupro não seria crime, situação em que o feto é plenamente viável. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo, (PORTAL STF, 2009. On-line).

Quando se é levado em consideração o conceito histórico e as razões que fizeram nascer os primeiros atos/resquícios que ficaram conhecidos no decorrer da história como instrumentos do ativismo judicial, é possível entender que o mesmo tem como preceito fundamental o entendimento da norma no sentido de resguardar as garantias constitucionais e os direitos fundamentais que hoje somente são assegurados após décadas de lutas para fugir da arbitrariedade do Estado Monárquico e da aplicação da Lei Penal de forma equivocada que desfazia-se do “bom direito”.

Neste aspecto, importante se faz realizar a analogia de como foi aplicado o instituto do ativismo nos dois casos concretos trazidos à baila, uma vez que ambos contem decisões proferidas pela Suprema Corte Brasileira e que sofreram fortes influências políticas e até mesmo religiosas, como é o caso do aborto dos fetos portadores de anencefalia. Diferente do caso que trata da doença, a possibilidade da execução da pena após condenação em segunda instância contém uma relação voltada apenas para âmbito do combate a corrupção (principalmente), não trazendo em seus escopo direitos sociais propriamente ditos, uma vez que no entendimento preliminar trazido pelo Ministro Gilmar Mendes em sua primeira decisão sobre o caso, a possibilidade da execução após condenação advinda do colegiado não trairia dúvidas sobre a culpabilidade do indivíduo, que ora este, já passa por uma condenação baseada em provas, resultando os demais atos do processo em questões relacionadas a aplicação da pena e condução dos ritos e atos processuais que implicam no regime de cumprimento da sentença dentre outros.

5 O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO E A INTERFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL.

O tema do ativismo judicial sempre foi objeto de debate, todavia, existem questões que pouco são debatidas no âmbito do direito, sendo elas com relação a interferência do Judiciário no Processo Penal, sendo necessário realizar a análise e a necessidade de aplicação em cada caso, conforme foi exposto anteriormente.

A perspectiva interna trazida pelo ativismo judicial no contexto da intensificação da atuação do Poder Judiciário na relações do exercício de sua competência atípica, corroborando para a postura proativa das cortes superiores tem relação direta com a forma de julgar, com o que e quem se julga. É neste sentido

que o debate sobre os efeitos das decisões toma maior força, uma vez que sempre há o que se falar em influências externas, principalmente na seara penal.

A ideia de que os julgadores muitas vezes extrapolam as competências constitucionais fixadas na Carta Magna de 1988 sempre foram levantadas, inclusive muitas vezes pelo Poder Legislativo, que acaba criando um sentimento de usurpação de competências. É o que vemos muitas vezes nas tribunas das casas legislativas Brasil a fora, especialmente no âmbito do Poder Legislativo Federal e o Supremo Tribunal Federal.

Outro aspecto levantado no mundo jurídico acerca da utilização do ativismo judicial é acerca dos conflitos de normas e princípios, conforme lecionada Evinis Talon:

O que vem ocorrendo diuturnamente é um ativismo judicial punitivista no processo penal, sem que a mesma postura ocorra em benefício do acusado. Juízes criam princípios punitivistas (verdade real, confiança no Juiz do processo etc.), mas desconsideram princípios que já tiveram ampla discussão doutrinária (adequação social e alteridade, por exemplo), argumentando que a aceitação social e a doutrina não podem alterar/revogar as disposições legais, especialmente as normas penais incriminadoras. (TALON, 2018. On-line).

Por outro lado, diferente do ponto de vista de Evinis Talon, para alguns casos como a execução provisória da pena pode ser positiva, uma vez que atende aos anseios da sociedade que por muitas vezes enxerga o Brasil como um País onde somente pobres vão para cadeia e onde políticos corruptos conseguem escapar da justiça por meio da postergação do processo em decorrência dos inúmeros recursos apresentados.

No mesmo sentido que vê com bons olhos tal decisão, o mesmo autor considera negativa a atuação do STF caso venha permitir o aborto até o terceiro mês de gestação, portanto, é importante entender que a maneira como o Judiciário interpreta a norma sempre será ligada às circunstâncias isoladas com relação a cada caso, conforme explica Luis Roberto Barroso:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo judicial é a autocontenção, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. (BARROSO, 2018, p. 437)

Como citado, o ativismo é uma atitude de escolha que abrange um modo específico e proativa de interpretar a constituição, isso também se estende a norma penal e aos demais campos do direito. A autocontenção nem sempre é positiva, uma vez que o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal é o de guardião da Constituição, devendo a Corte fazer jus as atribuições que lhe são definidas no exercício de sua competência, mesmo as atípicas.

6 CONCLUSÃO

Sendo assim, diante das questões arguidas e discorridas no corpo do presente, é possível concluir que alguns aspectos do ativismo judicial sempre estarão presentes: positivamente e negativamente. Todos os impactos, decisões, fundamentos, doutrinas, jurisprudências e alteração da interpretação da norma, em especial a penal, terão como escopo uma série de influências trazidas pela realidade daquele momento.

Outra conclusão que podemos extrair diante do contexto histórico posto em discussão é no sentido de que as políticas sociais, direitos políticos sociais e direitos fundamentais ligados as mais diversas áreas, na maioria das vezes é o objeto que dará origem as manifestações do Poder Judiciário no sentido de criar a extensão da norma penal, além, de tão somente a interpretação da letra de Lei em seu sentido estrito. A política, religião e opinião pública na maioria das vezes será o principal motivo em que o Judiciário será acionado pra manifestar sobre as mais diversas questões, conforme exposto nos dois casos concretos estudados anteriormente.

Ainda que os objetivos principais do ativismo sejam mantidos, isto é, origem por meio de discussões de direitos sociais e outros ligados a liberdade e direitos humanos, o Judiciário Brasileiro deixa muito a desejar, pois muitas vezes de forma negativa acaba criando situações que contribuem para insegurança jurídica, como é o exemplo dos dois julgamentos da execução pena após condenação em segunda instância.

Por fim resta dizer que para a compreensão da norma penal, é preciso primeiramente entender a funcionalidade do princípio da legalidade ou reserva legal no sentido estrito da letra da lei, levando em consideração que a interpretação extensiva pode ocorrer em detrimento de um bem coletivo maior, não violando

totalmente os mandamentos gerais do direito. Não obsta em prejuízo a atitude do Judiciário em realizar suas funções atípicas previstas da Constituição, desde que exercida de forma responsável, não podendo a demanda tornar objeto de “testes” sobre os efeitos das decisões no meio jurídico, como foi o início da pena em segunda instância.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Ativismo judicial: Um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípio da Separação dos Poderes?** Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468. Acesso em: 09 de março de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília – DF: 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08 de maio de 2021.

BRASIL. **LEI Nº 9.434 DE 04 DE FEVEREIRO DE 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e da outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Redação STF. Brasília – DF: 2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/392095806/stf-admite-execucao-da-pena-apos-condenacao-em-segunda-instancia>. Acesso em 10 de Abril de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Relator profere voto pela possibilidade da interrupção de gravidez de feto anencéfalo**. Jusbrasil: 2011. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3083227/relator-profere-voto-pela-possibilidade-da-interruptao-de-gravidez-de-feto-anencefalo>. Acesso em: 07 de

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. 2012. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 01 de março de 2021.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GUIMARÃES FILHO, Robson Novais. **O ativismo Judicial do STF no Direito Penal**. Jusbrasil: 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87708/o-ativismo-judicial-do-stf-no-direito-penal>. Acesso em: 09 de agosto de 2021.

LIMA, Mario Rodrigues. **Princípio da reserva legal: o legitimador da atuação do Estado na persecução penal**. Direitonet: 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8600/Principio-da-reserva-legal-o-legitimador-da-atuacao-do-Estado-na-persecucao-penal>. Acesso em 01 de setembro de 2021.

MEDEIROS, Amanda. **Judicialização ou ativismo judicial, entenda a diferença**. Revista Eletrônica Politize. 14 nov. 2016. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/#:~:text=Fica%20claro%20que%20o%20ativismo,de%20atua%C3%A7%C3%A3o%20dos%20outros%20poderes.>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2021.

POZZEBON, Fabricio Deyer de Ávila; FALAVIGNO, Chiavielli Faccenda. **Ativismo Judicial e o Direito Penal do Risco: Novos Desafios**. Universidade Federal do Piauí, Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 105-115. Jun. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/5707/3379>>. Acesso em: 01 março de 2021.

SILVA FILHO, Valter Gonçalves. **Ativismo Judicial no Ramo do Direito Penal, inovando ou extrapolando garantias nas relações com o Estado Democrático e de Direito**. Jusbrasil: 2019. Disponível em: <[TALON, Evinis. **O ativismo judicial e processo penal**. Jusbrasil: 2017. Disponível em: <<https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/533400005/o-ativismo-judicial-e-o-processo-penal>>. Acesso em 15 de outubro de 2021.](https://valtergonsil.jusbrasil.com.br/artigos/673721062/ativismo-judicial-no-ramo-do-direito-penal-inovando-ou-extrapolando-garantias-nas-relacoes-com-o-estado-democratico-e-de-direito#:~:text=Quanto%20%C3%A0%20natureza%20o%20ativismo,e%20Constituci%20onais%20em%20nosso%20Estado.>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.</p></div><div data-bbox=)

VAZ, Paulo Junio Pereira. **Judicialização de direitos fundamentais e ativismo judicial: o STF e o direito à vida, uma análise da ADPF 54 à luz da nova "summa divisio" constitucionalizada no Brasil**. Jusbrasil: 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34797/judicializacao-de-direitos-fundamentais-e-ativismo-judicial-o-stf-e-o-direito-a-vida-uma-analise-da-adpf-54-a-luz-da-nova-summa-divisio-constitucionalizada-no-brasil>. Acesso em: 07 de outubro de 2021.