

## ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO PENAL DO RISCO: NOVOS DESAFIOS

### *JUDICIAL ACTIVISM AND RISK CRIMINAL LAW: NEW CHALLENGES*

Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon\*

Chiavelli Facenda Falavigno\*\*

Recebimento em 10 de setembro de 2015.

Aprovação em 5 de janeiro de 2016.

**Resumo:** O presente trabalho visa a abordar a relação entre o Direito Penal do risco (*Risikostrafrecht*), de viés predominante hoje na sociedade, e o ativismo judicial em matéria penal, de modo a analisar se este pode servir como redutor de danos para aquele. Nesse sentido, se faz necessário avaliar o real papel do magistrado, tendo em vista a estrutura dos direitos e garantias fundamentais delineados na Constituição brasileira e dos princípios informadores do direito penal. A abordagem se justifica uma vez que os procedimentos interpretativos criativos são cada vez mais recorrentes no direito brasileiro, carentes de doutrina que os embase e limite. Preliminarmente, pode-se afirmar que a interpretação judicial ativista contribui de forma significativa para a efetivação de direitos fundamentais vilipendiados na era da segurança, desde que orientada no sentido de proteção de minorias – contramajoritário e sistematicamente operado em favor do réu. A metodologia utilizada consiste em revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Direito Penal do Risco. Poder Judiciário.

**Abstract:** The present article intends to analyze the relationship between risk criminal law (*Risikostrafrecht*), currently prevailing in society, and judicial activism in criminal matters, verifying if the latter can provide a damage minimizing perspective for the first. In order to achieve this goal, it will be necessary to explore the judge's actual role in the Brazilian law, in light of the framework outlined by the Brazilian Constitution and the principles of criminal law. The approach is justified since creative interpretation is each day more recurrent in Brazilian courts, without doctrine to substantiate or limit it. Initially, it is possible to conclude that activist judicial interpretation significantly contributes to the accomplishment of fundamental rights vilified by the era of legal certainty, as long as directed towards the protection of minorities - systematically operated in favor of the defendant. The methodology used consists in bibliographic research.

**Key words:** Judicial activism. Fundamental rights. Risk criminal law. Judiciary.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito penal se encontra, hodiernamente, imerso em uma de suas mais profundas crises. A demanda por segurança social somada às mudanças típicas da modernidade

---

\* Doutor em Direito. Professor Titular de Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Credenciado Permanente do Programa da Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre-RS, Brasil. Email: fabriciodap@terra.com.br

\*\* Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre-RS, Brasil. Graduada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora de Direito Penal e Criminologia. Advogada. Email: chiavelli.falavigno@gmail.com

propiciaram à ciência penal um já conhecido processo de expansão, que se encontra conceituado de diversas formas na doutrina nacional e estrangeira: direito penal de risco, direito penal de massas, direito penal das diversas velocidades, direito penal do inimigo. Neste sentido, é possível identificar as teorias funcionalistas ou teleológicas<sup>1</sup>, inspiradas na obra de Claus Roxin, em 1970, *Kriminalpolitic und Strafrechtssystem* (Política Criminal e Sistema Jurídico Penal), voltadas a redefinir aspectos da teoria do delito de Hans Welzel<sup>2</sup> (finalismo), baseada em critérios político-criminais, como se vê, nos referidos Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, ou o Direito Penal de Velocidades, de Jesús-María Silva Sanchez<sup>3</sup>, exemplos de propostas do uso do Direito Penal como forma de tentar acompanhar, reprimir e coibir – frise-se, sem muito êxito - a criminalidade produzida nessa acelerada dinâmica social.

O inegável é, no entanto, que estamos hoje lidando com um direito penal que tende a não respeitar garantias individuais em busca da concretização de objetivos político-criminais cada vez mais baseados em doutrinas como *Law and Order* ou *Broken Windows*,<sup>4</sup> que tendem a causar graves danos sociais, principalmente às classes mais desfavorecidas, quais sejam, os indesejáveis do sistema. Neste sentido, refere ZAFFARONI,

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de estereótipos que configuram um eles separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. O eles da criminologia midiática incomodam, impedem de dormir com as portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e por isso devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem

<sup>1</sup> Conforme Antônio Luiz Chaves Camargo, o funcionalismo surge como novo pensamento penal edificado sobre duas questões basilares: a legitimação do próprio direito penal a fim de justificar o direito de punir do Estado, e a necessidade de reestruturação conceitual no tocante aos seus institutos, diante do novo contexto social que se apresenta. Há basicamente, duas orientações funcionalistas predominantes: a moderada de Claus Roxin, baseada na ideia de um sistema social como um sistema rígido, determinado por normas orientadas por valores, que tem como função a estabilidade do meio, e a radical ou sistemática (funcionalista sociológica) de Günther Jakobs, em que a fundamentação das normas se dá em função da expectativa nas relações sociais, de modo que a norma é um fator de estabilização na relação entre o sistema e seu entorno. CAMARGO, Antônio Luiz Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 42. Nesse sentido, ver BREIER, Ricardo. Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 94-120, jan./fev. 2004. p. 101.

<sup>2</sup> Sistema jurídico-penal proposto por Welzel, de base ontogenesológica e metodológica, com marcada influência da fenomenologia, que tem como ponto de partida a concepção do homem como ser livre, digno e responsável, governado pelos valores fundamentais da segurança jurídica e da justiça substancial. WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina de ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 8.

<sup>3</sup> Ver a respeito, JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. 2. ed. Organização e tradução de André Luiz Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; SILVA SANCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos de direito penal criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira da Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; e Id. Eficiência e direito penal. 1. ed. Tamboré-Barueri: Manole, 2003.

<sup>4</sup> Sobre tais teorias, ver o artigo de DUARTE, Mauro Duarte Tavares; CURI, Vinicius Fernandes Cherem. “Os Influxos do Movimento Law and Order e The Broken Windows Theory no Brasil”. Revista Liberdades, Edição 19, maio/ago de 2015, São Paulo/IBCCRIM, p. 35/44.

medos, para resolver todos os nossos problemas. Para tanto, é necessário que a polícia nos proteja de suas ciladas perversas, sem qualquer obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros e imaculados”.<sup>5</sup>

Todavia, qualquer crítica mais aprofundada ao direito penal precisa, antes de tudo, especificar de qual direito está-se tratando: daquele previsto na lei, ou daquele que deve ser aplicado pelos juízes. Em que pese a mentalidade da classe judiciária, no Brasil, seja ainda majoritariamente punitivista, principalmente sendo o magistrado hoje demandado como se agente de segurança pública fosse, é possível vislumbrar, no seio dessa sociedade sem certezas, manifestações do que se denominou, a título genérico, ativismo judicial, e que será objeto de maior definição adiante.

Esse ativismo, contudo, enfrenta ainda grande oposição, seja dos defensores da divisão estanque dos poderes, que acreditam tratar-se o referido mecanismo interpretativo de verdadeira incursão do Judiciário na esfera de atuação do Legislativo, seja dos que se familiarizam com o direito penal combativo, que restringe garantias em prol da neutralização de indivíduos.

Contudo, para bem delimitar se a atuação pró-ativa do Judiciário pode vir a ser uma perspectiva de solução para a crise do direito penal, é necessário perquirir qual a verdadeira função do juiz, tendo por fundamento a ordem constitucional vigente.

## **2. O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO**

O tema do direito penal expansionista que hoje se vivencia é abordado por autores europeus e também latino-americanos, o que demonstra a universalidade do fenômeno. Para PRITTWITZ, o pano de fundo programático desse desenvolvimento expansivo não se encontra apenas no Estado autoritário, mas também em grupos de diversos fatores.<sup>6</sup>

Dentre eles, é possível citar, inicialmente, as inovações do mundo tecnológico e das ciências naturais, que criam riscos específicos e demandam, por conseguinte, interferência estatal. Tal fenômeno é analisado como um grande fomentador de insegurança, pois a evolução em algumas searas passou a gerar perigos que fugiram do controle das instituições que fomentaram esse desenvolvimento.

Em segundo lugar, salienta-se o surgimento de novos agentes criminalizadores ou novos bens jurídicos, que passaram a ser tutelados pelo direito penal e seus novos propósitos,

---

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

<sup>6</sup> PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal en la encrucijada: ¿Abolición, diversificación, volver a la razón o entrar en razón? In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos. Lima: Ara, 2008. p. 58

como o meio ambiente, os direitos das minorias de gênero, etc. Nesse aspecto se torna relevante mencionar o direito penal econômico e de empresas, que tem se destacado como um dos mais problemáticos, seja em razão do *bis in idem* com a esfera administrativa,<sup>7</sup> seja por causa dos procedimentos probatórios cada vez mais invasivos, que afrontam diretamente os direitos dos acusados.

Ainda, é preciso destacar o mito da dirigibilidade por meio do direito penal, que passa então a ter uma forte carga simbólica, ainda que tal finalidade contrarie todas as estatísticas e pesquisas empíricas realizadas a esse respeito. Por fim, o fenômeno expansionista pode ser atribuído, ainda, à percepção social de que as liberdades individuais são ameaçadas cada vez menos pelo Estado, e cada vez mais por seus co-cidadãos.<sup>8</sup>

Ou seja, como já previa GARLAND, em um viés de análise criminológica, os excessos de liberdades e de garantias é que são vistos, cada vez mais, com desconfiança, fazendo com que o crime seja analisado sempre na perspectiva da defesa social.<sup>9</sup> O indivíduo passa a temer, por conseguinte, com muito mais veemência, a violência individual que a violência estatal. Assim, as políticas criminais expansionistas e violadoras de garantias ganham cada vez mais apoio popular. Definidas pelo Legislativo, que se embasa na premissa majoritária como se esta fosse sinônimo de democracia, tais políticas se tornam rapidamente as vigentes, mesmo em Estados que se dizem de Direito.

O discurso criminalizador vem, portanto, inspirando as agências legislativas dos mais diversos países, com a criação incessante de novos tipos penais e o uso irrestrito da prisão preventiva. Trata-se, portanto, de um uso generalizado do direito penal, que tem por escopo a tranquilidade da população, a solução de conflitos sociais, de problemas econômicos, etc.<sup>10</sup>

No entender de FERRAJOLI, a questão penal decorre, ainda, de uma prévia questão criminal. Ou seja, o surgimento de novos crimes, principalmente na era da globalização, provocou um processo de inflação penal, e essa ciência passou então a perder, pouco a pouco, sua capacidade regulatória. O direito penal atual, nessa espiral, vem também a abrir mão de

<sup>7</sup> Sobre o tema: COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livro docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

<sup>8</sup> PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal en la encrucijada: ¿Abolición, diversificación, volver a la razón o entrar en razón? In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos. Lima: Ara, 2008.p. 58 e seguintes.

<sup>9</sup> GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 16).p. 389

<sup>10</sup> ADRIASOLA, Gabriel. Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología. Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 1064

seus princípios constitutivos que faziam parte da própria natureza essencial dessa ciência, em sua concepção pós-Iluminista:

Il risultato di questa bancarotta è un diritto penale massimo, sviluppatosi fuori di qualunque disegno razionale e del quale sono perciò entrati in crisi tutti i classici principi garantisti di legittimazione: il principio di tassatività e con esso la certezza del diritto penale e il nesso tra pena e reato; il principio di offensività e quello di proporzionalità delle pene; l'obbligatorietà dell'azione penale, la centralità del dibattimento e il ruolo del processo come strumento di verifica dei fatti commessi anziché di penalizzazione preventiva; l'efficienza infine della macchina giudiziaria, ingorgata da un'infinità di processi cartacei inutili e costosi, il cui solo effetto è di offuscare il confine tra lecito e illecito e di sottrarre tempo e risorse alle inchieste più importanti, destinate sempre più spesso a quella forma di amnistia surrettizia che è la prescrizione.<sup>11</sup>

Ademais, o próprio critério de bem jurídico, pensado inicialmente com fins de despenalização, passa a ser deturpado e usado de maneira a expandir o controle penal, por meio da criação descontrolada de novos bens que, assim, legitimam a expansão da tutela penal para ramos antes regulados por outras esferas do direito.<sup>12</sup> Ou seja, os novos bens são, inegavelmente, merecedores de proteção, ao que se conclui, sem maiores raciocínios e sem que se pense em outras possibilidades, que essa proteção deve se dar pela via penal. Conforme SILVA SANCHEZ, essa tendência incriminadora multiforme adota, muitas vezes, a forma de uma legislação simbólica e retórica, sem possibilidade de aplicação útil.<sup>13</sup>

Assim, o direito penal que se convive adentra em uma perigosa senda, pois cada vez regula mais matérias sem, contudo, balizar sua intervenção por princípios e garantias limitadoras. Traçadas, no breve espaço desse trabalho, as características desse direito, é preciso refletir sobre a função daquele que concretiza o direito no caso concreto, qual seja, o magistrado. Este, na aplicação dessa norma inflacionada, que se expande para as mais diversas searas e coloca em risco, cada vez mais, direitos e garantias individuais, é alçado ao centro do debate jurídico, e os olhos das diversas correntes doutrinárias voltam-se à sua atuação, cada uma delas esperando que ele aja de maneira contrária à outra.

### 3. O JUIZ E SUA FUNÇÃO NO ESTADO DE DIREITO

Diante do quadro exposto na primeira parte desse trabalho, se faz mister questionar qual o real papel do magistrado na ordem constitucional brasileira. Cabe a esse poder

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e Globalizzazione. In: Revista brasileira de Ciências Criminais. Ano 11, 2003, n. 42. p. 79-89. p. 84

<sup>12</sup> HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. In: Revista de Estudos Criminais. Ano 2, 2003, n. 8. p. 54-66.

<sup>13</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Aproximación ao direito penal contemporâneo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 33

simplesmente a aplicação da lei, buscando efetivar o intento do legislador em matéria criminal, ou possui o juiz uma responsabilidade maior, devendo emprestar efeito à Constituição, ainda que esta possa vir de encontro aos objetivos da política criminal predominante.

Antes de tudo, é preciso dizer que o juiz é também um indivíduo que, dotado de razão e influenciado por diversos aspectos econômicos, culturais e sociais da realidade em que vive, é impelido a decidir o caso concreto. Seu julgamento é, sem dúvida, uma expressão da complexidade que o influencia no processo de decidir.

O juiz de Montesquieu, inserido no liberalismo, em nome da segurança jurídica e da certeza do direito, adotava uma atitude passiva – era, simplesmente, "a boca da lei". Porém, no Estado Social, esse juiz passa a ser interventivo, adotando uma postura ativa, voltada à garantia das condições mínimas de existência dos indivíduos, na busca de uma melhoria das condições sociais e da qualidade de vida das pessoas, o que o leva, diante a vultosa complexidade do mundo atual e da incapacidade das normas em acompanhar essa dinâmica do mundo dos fatos, a ser um juiz inegavelmente criativo.<sup>14</sup>

Porém, admitindo-se que a norma não seja suficiente para regular a infinidade de casos concretos e que o juiz possa, por meio da interpretação, emprestar novos significados que a aproximem da realidade social, resta uma lacuna no que diz respeito ao direito penal, qual seja: para qual sentido pode esse juiz abrir mão da literalidade da norma positiva? O Poder Judiciário, então, deve suprir a demanda popular, ainda que esta contrarie os direitos fundamentais, para alcançar uma teleologia democrática em suas ações?

CAPPELLETTI, ao refletir sobre esse questionamento, coloca em xeque a própria ideia de democracia, que não se subsume a uma mera premissa majoritária. O ideal democrático consiste em afastar a tirania por uma real distribuição de poderes, nem sempre dando voz à maior parte do povo,<sup>15</sup> mas às minorias. Dessa forma, tendo em vista os valores de liberdade, tolerância e participação; um judiciário autônomo, ativo, dinâmico e criativo pode concretizar o sistema de *checks and balances*, controlando o crescimento dos demais poderes isolados – Executivo e Legislativo - e de outros centros de poder, os quais se manifestam, rotineiramente, na sociedade contemporânea.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Autor, 2005. p. 362

<sup>15</sup> Sobre o tema: ZAGREBELSKY, Gustavo. La crucifixion y la democracia. Barcelona: Ariel, 1996.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999. p. 92 a 107

Pode-se, portanto, advogar, muitas vezes, pelo exercício do caráter contramajoritário do Poder Judiciário,<sup>17</sup> pois cabe a ele a guarda e a efetividade da Constituição, principalmente no que se refere aos valores e direitos fundamentais que ela expressa. Cabe ao magistrado, portanto, posicionar-se a favor dos direitos indisponíveis dos cidadãos, ainda que isso signifique contrariar a vontade da maioria que, ao eleger os membros do Legislativo, deu seu apoio a políticas criminais e legislações cada vez mais restritivas em matéria de garantias.

O próprio sistema jurídico penal conforme constituído, em nível constitucional, com o extenso rol de direitos e garantias individuais dispostos no art. 5º CF/88, ainda ampliáveis na forma do parágrafo 2º do referido artigo, e na lei penal que consagra princípios e regras como o *in dubio pro reo*, a proibição de revisão criminal e de embargos infringentes contra o réu, a reserva legal e a possibilidade de analogia *in bonam partem*, autorizam tal construção. Segundo afirma Juarez Freitas,

Na perspectiva tópico-sistemática conceitua-se o sistema jurídico como uma rede axiológica hierarquizável de princípios fundamentais de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados expressa ou implicitamente na Constituição.<sup>18</sup>

E no caso penal, como bem afirma FRAGOSO na linha do que é aqui sustentado, a atividade de interpretação da lei significa estabelecer o seu conteúdo e significado. Inexistem regras específicas para a interpretação da lei penal, razão pela qual valem para o direito punitivo, os mesmos princípios que regulam a interpretação nos outros ramos do direito, com as limitações determinadas pelo princípio da reserva legal e o emprego de analogia. E admite o autor que embora seja a interpretação, basicamente, atividade cognoscitiva, não resta dúvida de que, diversas vezes, mediante interpretação, “os tribunais realizam atividade verdadeiramente criadora do direito”.<sup>19</sup>

O juiz pode, assim, visando a cumprir seu papel, dar interpretação e conseqüente aplicação crítica às normas que emanam do Poder Legislativo. Contudo, em matéria penal, é absolutamente necessário que, principalmente em razão do direito penal de risco hoje vigente, o afastamento da norma positiva se dê no sentido ilustrado na Carta Constitucional, qual seja, o de restrição do punitivismo e de expansão das já tão vilipendiadas garantias.

#### 4. O ATIVISMO JUDICIAL COMO ALTERNATIVA

<sup>17</sup> FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57

<sup>18</sup> FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 291.

<sup>19</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito penal: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97 e 98.

O tema do ativismo judicial, principalmente em sua intersecção com a seara penal, é apresentado de forma bastante inovadora e também dissidente na doutrina. Os debates ocorridos no direito brasileiro sobre a postura do juiz criativo tem tomado parte, de forma incipiente, ainda no ramo do direito constitucional, atendo-se, principalmente, a manifestações do Supremo Tribunal Federal.<sup>20</sup>

É preciso, contudo, admitir que, nos tribunais pátrios, são cada vez mais comuns manifestações do que se convencionou chamar de aplicação crítica ou criativa do direito.<sup>21</sup> Frisando-se não ser o escopo desse trabalho minuciar diferenças conceituais entre os termos, passa-se a analisar o instituto em sua origem e em sua concepção predominante, sendo esse passo imprescindível para a análise da contribuição dessa nova hermenêutica para a aplicação consciente e constitucionalizada do direito penal hodierno.

Entende-se por ativismo judicial o papel criativo de tribunais ao contribuírem, de forma inovadora, para a construção do direito, decidindo sobre as peculiaridades do caso concreto e formando, por conseguinte, o precedente jurisprudencial, de forma antecipada à edição da lei.<sup>22</sup> O termo é originário dos Estados Unidos da América, país adepto da *Common Law*. Tal família jurídica possui como uma de suas mais marcantes características a adoção da Jurisprudência como principal fonte de criação do direito.

O termo ativismo judicial foi citado pela primeira vez também nos Estados Unidos, no ano de 1947. O jornalista Arthur Schlesinger Jr., em artigo publicado na revista *Fortune*, nomeou dessa forma a atuação da Suprema Corte Norte Americana, chamando “ativistas” os juízes que adotavam posturas menos contidas em suas decisões.<sup>23</sup>

Conforme CANOTILHO, são duas as correntes existentes em sede de hermenêutica constitucionalmente orientada: a dos interpretativistas e a dos não interpretativistas. Segue a primeira o juiz que se limita a captar o sentido de preceito expresso na norma constitucional. O que segue a segunda, no entanto, invoca princípios substantivos, como a liberdade e a

---

<sup>20</sup> Neste sentido ver CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. A obra traz importante pesquisa sobre a expansão do Poder Judiciário especialmente da excelsa corte, com ênfase no direito comparado, no papel político do Supremo e nas cinco dimensões ditas ativistas.

<sup>21</sup> Pode-se citar como exemplo dessa postura decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, que absolveu ré pelo crime de tráfico em estabelecimento prisional contextualizando a conduta com a atual situação dos encarcerados, os quais usam muitas vezes o tóxico para comprar sua própria integridade física e proteção dentro da prisão. (Apelação Crime Nº 70051788081, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 23/05/2013).

<sup>22</sup> MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012. p. 9

<sup>23</sup> MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012. p. 159

própria justiça,<sup>24</sup> contra atos de competência do legislador que não se conformem com a Carta Maior.<sup>25</sup> Para o juiz ativista, portanto, os textos legais lhe são úteis somente enquanto colaboram, e não quando dificultam a efetivação material dos direitos fundamentais dispostos na Constituição.<sup>26</sup> Vale dizer, trata-se de uma interpretação a partir da tábua axiológica da Constituição brasileira em matéria de direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, pode-se verificar que a aplicação do instituto em sede de direito penal só pode dar-se em um único sentido, tendo em vista o princípio da legalidade como teto da norma punitiva, e a teleologia do movimento ativista, qual seja, a efetivação material dos direitos fundamentais, o que vem ao encontro da forma como estruturado o sistema penal brasileiro de base constitucional. Esse sentido é, sem dúvida, o de reestabelecimento das garantias, principalmente em sede de direito penal do risco.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, com a pesquisa realizada nesse breve trabalho, que o direito penal atualmente vigente nas mais diversas sociedades oferece grave risco aos direitos fundamentais, os quais foram conquistados em um árduo processo de estudo e também de luta. Os ideais de segurança pública, somados a fatores como o próprio desenvolvimento tecnológico em constante progresso, a criação incessante de novos bens jurídicos, que arrasta para a tutela penal áreas que antes eram reguladas pelo direito civil ou administrativo, desencadearam um verdadeiro processo de supressão de garantias, seja na esfera do direito penal ou do direito processual penal.

É fundamental, portanto, que se crie uma necessária distinção entre o direito legislado, que segue uma política criminal expansionista, e o direito aplicado pelos magistrados. Afinal, o magistrado é, sim, antes de tudo, um agente contramajoritário, que tem como principal finalidade em suas ações a efetivação material da Constituição, quesito indispensável para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Diante desse contexto, se apresenta como possibilidade o uso do instituto do ativismo judicial, o qual outorga autonomia ao juiz para, fazendo uso de interpretação crítica ou criativa, afastar as disposições legais naquilo que tolhem ou reduzem excessivamente as garantias do acusado. Esse é, de fato, o sentido que pode tomar o dito instituto no direito

<sup>24</sup>Sobre o tema: DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>25</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. 7 reimp. Coimbra: Almedina, 2003. P. 1195 e 1196

<sup>26</sup>Autor, 2015. p. 154

penal brasileiro, tendo em vista não apenas a prevalência do princípio da legalidade, mas também a teleologia da Carta Constitucional e do próprio sistema penal, que só permitem hermenêutica irrestrita em sede de expansão de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ADRIASOLA, Gabriel. Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*. Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BREIER, Ricardo. Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 94-120, jan./fev. 2004.

CAMARGO, Antônio Luiz Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 7 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. 261 f. Tese (Livre docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

DUARTE, Mauro Duarte Tavares; CURI, Vinicius Fernandes Cherem. Os Influxos do Movimento Law and Order e The Broken Windows Theory no Brasil. *Revista Liberdades*, Edição 19, maio/ago de 2015, São Paulo/IBCCRIM, p. 35/44.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FALAVIGNO, Chiavelli. *A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal*. Porto Alegre: Nuria Fabbris, 2015.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e Globalizzazione. In: *Revista brasileira de Ciências Criminais*. Ano 11, 2003, n. 42. p. 79-89.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97 e 98.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 291.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 16).

HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. In: Revista de Estudos Criminais. Ano 2, 2003, n. 8. p. 54-66.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Organização e tradução de André Luiz Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. Porto Alegre, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal en la encrucijada: ¿Abolición, diversificación, volver a la razón o entrar em razón? In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos de direito penal criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira da Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Eficiência e direito penal*. 1. ed. Tamboré-Barueri: Manole, 2003.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina de ação finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La crucifixion y la democracia*. Barcelona: Ariel, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.