

PROCESSO PENAL E ATIVISMO JUDICIAL:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

DIOGO TEBET

Mestre em Ciências Penais -Universidade Cândido Mendes/RJ.Coordenador adjunto da 6ª região doIBCCrim. Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB. Advogado criminal.

RESUMO: Busca o presente texto analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na seara processual penal no sentido da limitação do poder punitivo estatal, observando-se o princípio republicano constitucional da dignidade humana. Argumenta-se que tal postura, classificada como ativismo judicial, é perfeitamente legítima e consentânea com sua missão no Estado Democrático de Direito, utilizando-se breve comparação com o modelo norte-americano. Por outro lado, sugere-se que as críticas à restrição de uma postura proativa em sede processual penal deva se dirigir aos poderes ativos do juiz em sede de persecução criminal.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo; judicial; constitucional; processo; penal.

Encontra-se na pauta do dia a discussão acerca do chamado ativismo judicial operado por integrantes do Poder Judiciário, notadamente o desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. A reflexão sobre tal “*fenômeno*” ultrapassa algumas vezes o âmbito técnico-jurídico estando presente em alguns momentos nos meios de divulgação da mídia falada e escrita.⁵⁹⁶

Muitas críticas são feitas em relação a essa função ativa. Argumenta-se que haveria uma extrapolação da função institucional e constitucional do órgão de cúpula do ordenamento jurídico nacional, seja pela ausência de legitimidade democrática para exercício de algumas funções, seja pelo desvirtuamento de sua competência de tribunal constitucional. Tal insurgência parte freqüentemente do setor mais “*conservador*” da sociedade brasileira justamente contra decisões em questões da seara penal e processual penal que, geralmente, pendam para a limitação e contenção do poder punitivo estatal.

⁵⁹⁶ Por todos: BRASIL, *O papel do Supremo*. Coluna de Merval Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4.

De qualquer forma, há de se registrar que o fenômeno do denominado “*ativismo judicial*” não é de exclusividade do nosso Poder Judiciário. Como refere Luís Roberto Barroso, em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade,⁵⁹⁷ motivos esses que despertam a atenção dos interesses dos mais variados setores (uma vez mais, os conservadores) da sociedade.

Destaca-se como um dos maiores exemplos dessa postura ativa a atuação da Suprema Corte norte-americana a partir da década de 50, sob a presidência do *Chief Justice Earl Warren*, a *Warren’s Court*,⁵⁹⁸ na qual houve a produção de notável jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, por exemplo, direitos dos acusados e investigados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966, mais conhecido como *Miranda rules*), e liberdade de escolha acerca da interrupção de gravidez, descriminalizando o aborto (*Roe v. Wade*, 1973, iniciando-se a política *pro choice*).⁵⁹⁹

Há de se registrar porém que atualmente a *ratio essendi* das decisões da Suprema Corte norte-americana acerca da imposição de limitações ao poder punitivo tem como objetivo precípuo a preservação ética do Estado e a evitação de descrédito das instituições,⁶⁰⁰ ao invés da dignidade humana ou proteção do indivíduo.

Voltando ao caso brasileiro, tal avanço das funções e “*competências*” da jurisdição constitucional pode ser atribuído talvez como característica de um estágio neoconstitucionalista para o qual se encaminha o direito nacional,⁶⁰¹ cujo traço característico é o seu foco no Poder Judiciário como o grande protagonista. De poder quase “*nulo*”, mera “*boca-da-lei*”, o juiz se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

Essa redefinição de postura se deveu à nova engenharia constitucional positivada nas mais variadas constituições contemporâneas, com destaque para as da Europa continental do pós-guerra. Daniel Sarmento destaca que inicialmente a percepção de que as majorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera de forma exemplar no nazismo alemão, levou as

⁵⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: Revista Atualidade Jurídicas: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB. n° 4. jan/fev 2009. Disponível em : www.oab.org.br/oabeditora. Acesso em 21.05.2009

⁵⁹⁸ De acordo com Jerold Israel e Wayne LaFave, durante a presidência de Earl Warren na Suprema Corte norte-americana, operou-se a “*criminal procedure revolution*” pelo fato de a corte ter completamente reformulado a base constitucional do processo penal estadunidense, criando “*constitutional standards*” que vincularam toda a Administração Pública daquele país. ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 6th edition. St. Paul, Minnesota (EUA): West Group. 2001. p.1/9.

⁵⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização...*

⁶⁰⁰ ZILLI, Marcos. *We the people...* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT. jul-ago de 2009. ano 17. p. 205.

⁶⁰¹ Sobre tal temática, ver SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra(PT): Coimbra editora. 2009. O autor porém deixa claro que não há ainda uma definição clara de que o ordenamento jurídico nacional tenha incorporado o neoconstitucionalismo, mas registrando que há inegável emergência de uma nova forma de conceber o direito e o Estado na sociedade brasileira contemporânea. SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 32.

novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.⁶⁰² No mesmo sentido, Leonardo Greco afirma que “*essa reconstrução impôs que o novo Estado de Direito deixasse de assentar na sistemática supremacia do interesse público sobre os interesses individuais, mas se baseasse no absoluto primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais*”.⁶⁰³

Essa preocupação não passou despercebida pelo legislador constituinte brasileiro de 1988 ainda que tardiamente, por questões óbvias.

A Carta Magna de 1988 representou a passagem do Estado de Polícia (fruto de um regime autoritário) a um efetivo Estado Democrático de Direito. Após a violência institucionalizada do regime ditatorial das últimas décadas, principalmente nas décadas de 60 e 70, a República brasileira optou por uma (quase)⁶⁰⁴ completa renovação de seus valores. E a opção da Constituinte ficou mais que clara quando logo em seu título inaugural, artigo 1º, inscreveu os valores que iriam se transformar em seus fundamentos: (I) *a soberania*; (II) *a cidadania*; (III) *a dignidade da pessoa humana*; (IV) *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* e (V) *o pluralismo político*.

E com o estabelecimento no título seguinte “*Dos direitos e garantias fundamentais*” (Título II) foi dado “*um brado de guerra dos valores que edificam o gênero humano na quadra histórica em que nos encontramos*”,⁶⁰⁵ restando evidente pela posição topográfica escolhida para a alocação desses direitos,⁶⁰⁶ e pela extensão dos incisos (principalmente os do artigo 5º), que a Constituição realmente merecia a alcunha de “*Cidadã*”.

Como bem ressalta Ingo Sarlet, “*o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos*”.⁶⁰⁷

E é por esse desiderato de salvaguarda desses valores positivados no texto constitucional que a atuação do Supremo Tribunal Federal vem a ser (injustamente) taxada de ativismo. Assegura o Pretório Excelso justamente a observância dos postulados constitucionais.

⁶⁰² SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 14.

⁶⁰³ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In: Revista de Processo. ano 33. nº 164. São Paulo: Revista dos Tribunais. out/2008. p.42.

⁶⁰⁴ Afirmamos “quase” pois algumas conquistas do bloco conservador na Assembléia Constituinte constaram no texto constitucional, como por exemplo, na questão agrária. Nesse sentido ver: PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/PUC-Rio. 2008. p.105.

⁶⁰⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *20 anos da Constituição Democrática de 1988*. in: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio. nº 33. jul/dez. 2008. p. 207.

⁶⁰⁶ As constituições republicanas anteriores relegavam o rol dos direitos e garantias para depois da divisão e da organização federal e descrição de atribuições dos entes públicos: “Declaração de Direitos” na Constituição de 1891 (arts. 72 e ss.) e os “Direitos e Garantias” nas demais: Constituição de 1934 (arts. 113 e ss); Constituição de 1937 (arts. 122 e ss); Constituição de 1946 (arts. 141 e ss); Constituição de 1967 (arts. 150 e ss); Emenda nº 1/69 (arts. 153 e ss.).

⁶⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 65.

Os críticos desse “*ativismo judicial*” não se dão conta de que não há mais espaço para interpretações puramente positivistas, descoladas dos mandamentos constitucionais, especialmente no âmbito das ciências penais, notadamente as de cunho processual penal. Afinal, “*os fundamentos do Direito Processual Penal são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado; a concreta regulamentação de singulares problemas processuais é conformada juridico-constitucionalmente*”.⁶⁰⁸

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal em suas recentes decisões e atuações em questões processuais penais, vem desempenhando sua função de guardião da Constituição de forma compromissada com os postulados do Estado Democrático de Direito e com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, assegurando dessa forma o respeito ao princípio republicano da dignidade humana, tendo em vista o mesmo desempenhar função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo, sendo que a “*aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização da barbárie*”.⁶⁰⁹

A atuação da Suprema Corte brasileira não inova ou extrapola; apenas aplica ao caso concreto os princípios constitucionais que são ou desprezados pelos outros atores políticos (seja pela falta de regulamentação), ou pela erronia de sua interpretação (invariavelmente feita pelas instâncias judiciais ordinárias em sede processual penal no sentido da “*busca pela verdade real*”, ou em “*defesa da sociedade*” em detrimento do princípio da dignidade humana).⁶¹⁰

De acordo com Canotilho, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes ao princípio do Estado de Direito em: (i) *juridicidade* (conformação, pela constituição, das estruturas do poder político e organização da sociedade); (ii) *constitucionalidade* (existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos) e (iii) *direitos fundamentais* (entendidos como a consagração da raiz antropológica, recondução do homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado).⁶¹¹

E justamente nesse trinômio é que se legitima a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.

É inegável que tal atuação acaba por adquirir um caráter político, contudo, cabe lembrar que o Direito processual penal está imerso nas relações políticas de uma sociedade.⁶¹² Na realidade, esse

⁶⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Coimbra editora: Coimbra. 1974 (reimpressão, 2004). p. 74.

⁶⁰⁹ MENDES, Gilmar. *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional...* p. 375.

⁶¹⁰ Jacinto Coutinho afirma ser o processo penal de “*defesa social*” típico dos regimes autoritários. COUTINHO, Jacinto. *Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 260.

⁶¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. (2ª reimpressão) Almedina:Coimbra (PT). 2000. p. 243/249.

⁶¹² BINDER, Alberto M. *Introdução do direito processual penal*. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.p. 26.

atuar emerge pelo simples motivo de que os demais entes político-institucionais (incluindo os juízes de primeira instância, os tribunais locais e regionais e agentes da Administração Pública direta e indireta) aparentam relegar os princípios constitucionais a um segundo plano, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Tal postura rememora muitas vezes um estágio positivista violador contumaz do princípio da supremacia da Constituição, clamando reiteradas vezes a atuação do Supremo Tribunal Federal, seja na reforma/cassação de decisões judiciais contrárias a Constituição e aos seus princípios, direitos e garantias fundamentais, principalmente em sede de *habeas corpus*, seja pela declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, ou após a Emenda Constitucional nº 45/2004, pela edição de enunciados de súmula vinculante.

Essa atuação corretiva do STF ou, em outras palavras, essa adequação (e conformação) da prática judicial e legislativa brasileira aos ditames e valores constitucionais acaba por atribuir, inegavelmente, uma função destacada da corte suprema brasileira. E é em relação a esse destaque que se lançam injustas críticas de que estaríamos diante de um “*ativismo judicial*”, de uma hipertrofia do papel da suprema corte nacional, de um Estado de Juízes. Como afirma Barroso, tal atuação revela o caráter contramajoritário da corte constitucional, que embora seus membros não tenham sido eleitos, têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.⁶¹³ De uma forma mais explícita, comungando deste entendimento, Alexandre Morais da Rosa enuncia:

Os vínculos no “Estado Democrático de Direito”, de viés garantista, são de tal formasubstanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria se pode violar/negar os Direitos Fundamentais. Assim é que, com a operacionalidade possível da democracia substancial, resta inserido no Estado Democrático do Direito a esfera do “decidível” e do “não-decidível”, por maioria ou mesmo unanimidade. Estabelece-se, assim, “quem” pode e “como” se deve decidir; “o que” se deve e o “o que se não” deve decidir. Consequência dessa supremacia Constitucional, já que os Direitos Fundamentais encontram-se (em regra) nela estipulados, é que se devem efetuar “juízos de validade” em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espalhando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível.⁶¹⁴

No momento em que o Parlamento brasileiro atravessa um momento delicado de significativa ineficiência e corporativismo, isso sem mencionar a promulgação de leis criminais com alto grau de punitivismo (muitas das vezes tocadas pelo vício da inconstitucionalidade) como produtos da política de *Law and Order*,⁶¹⁵ pautada pela agenda político eleitoral (fatores que evidentemente

⁶¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 385.

⁶¹⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a “Law & Economics”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p.16.

⁶¹⁵ Segundo Dornelles, as campanhas de “lei e ordem” sustentam uma repressão crescente como a “solução para o problema da delinquência”, baseadas em uma política penal de emergência ou “tolerância zero”, caracterizadas por mais repressão policial, mais criminalização de condutas, mais encarceramento, maior censura social para exercer uma “higiene social” através de medidas de vigilância, controle, repressão direta e segregação, baseada em grande medida

comprometem a legitimidade e eficiência desse Poder), clama-se em muitas ocasiões a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Ferrajoli faz magistral análise:

O Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um *contrapoder*, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado. “Porque não se pode abusar do poder”, escreveu Montesquieu, “é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.” Para isto, acrescentou Carrara, “a um Estado que aspire reger-se com ordens liberais e duradouras, e que deseje responder ao propósito da tutela jurídica na qual se funda total e somente a razão de ser da autoridade social, é de suprema necessidade que aos possíveis abusos do Poder Executivo [e Legislativo] o Poder Judiciário seja perpétuo e sólido obstáculo” (...). Nesse sentido, a função judiciária é uma “garantia” de todos os cidadãos *contra* o mesmo governo representativo.⁶¹⁶

Nesse aspecto, podem ser citados alguns exemplos da atuação garantista do Pretório Excelso em suas decisões em sede penal e processual, que observaram o princípio da dignidade humana e frearam o abuso de poder dos entes públicos, denotando, segundo os críticos, uma postura ativa.

Registre-se em primeiro lugar, a edição dos Enunciados nº 11 e nº 14 da Súmula Vinculante,⁶¹⁷ que tratam da disciplina e limitação do uso de algemas e do acesso ao procedimento investigatório pelo defensor, respectivamente. A aprovação de tais verbetes refletem o “*papel emergente da Suprema Corte como último estágio da garantia das liberdades fundamentais*”.⁶¹⁸ No que tange à aprovação do verbete que disciplina o uso de algemas, a preocupação com o princípio da dignidade humana ficou patente diante da análise dos debates acerca da aprovação do texto da

pelo ideário norte-americano de segurança e combate ao crime. DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 38.

⁶¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer Sica *et alli*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 534/535. Grifo e interpolação nossa.

⁶¹⁷ Súmula vinculante nº 11, STF: “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado*”; Súmula vinculante nº 14, STF: “*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*”.

⁶¹⁸ Voto do Min. Menezes Direito, PSV 1/DF, aprovação da Súmula Vinculante nº 14, Plenário 02.02.2009, DJ 27.03.2009, DJe 59/2009.

mesmo.⁶¹⁹Especificamente ao enunciado nº 14, o Ministro Celso de Mello, em seu voto pela aprovação do texto, evidencia a preocupação na limitação do poder do Estado a fim de coibir potenciais abusos a serem cometidos na esfera penal:

(...) o Estado não pode ignorar nem transgredir o regime de direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República assegura a qualquer pessoa sob investigação criminal ou processo penal. Ninguém ignora, exceto os cultores e executores do arbítrio, do abuso de poder e dos excessos funcionais, que o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais. Daí porque se impõe, às autoridades públicas, neste País, notadamente àquelas que intervêm no procedimento de investigação penal ou nos processos penais, o dever de respeitar, de observar e de não transgredir limitações que o ordenamento normativo faz incidir sobre o poder do Estado. (...) O fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera penal, culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes do Poder, a atos de persecução criminal (...)”⁶²⁰

Na mesma toada foi o reconhecimento da derrogação parcial do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, mais precisamente da prisão civil por dívida do depositário infiel.⁶²¹ Na apreciação dessa matéria, o Supremo Tribunal Federal reconhece a força cogente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ordenamento normativo brasileiro, pela adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica. Aduziu a Corte Suprema nacional naquela oportunidade que cabia a ela extrair das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, “*em ordem de tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs*”,⁶²² complementando de forma categórica:

Presente esse contexto, convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário constitui o

⁶¹⁹ “Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algema, na prática brasileira, estamos a falar da aposição da algema para os fins de exposição pública, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontro marcado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, **esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana**. A exposição de presos viola a idéia de presunção de inocência, viola a idéia de dignidade da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade, certamente, de falar sobre isto. Neste caso específico, a aplicação da algema já é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. (...)”. Intervenção do Min. Gilmar Mendes. Debates que integram a ata da 20ª (vigésima) sessão ordinária do Plenário do Supremo Tribunal Federal, realizada em 13 de agosto de 2008. Debates e aprovação da súmula vinculante nº 11. STF Dje 214/2008.

⁶²⁰ Voto do Min. Celso de Mello, PSV 1/DF, aprovação da Súmula Vinculante nº 14, Plenário 02.02.2009, DJ 27.03.2009, DJe 59/2009

⁶²¹ Por todos: STF, HC nº 87.585/TO, DJU 25.06.2009 e RE nº 349.703/RS, DJU 05.06.2009.

⁶²² Voto Min. Celso de Mello, STF, HC nº 87.585/TO, DJU 25.06.2009.

instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como umas das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. (...) Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular. (...) O respeito e a observância as liberdades públicas impõe-se aos Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana.⁶²³

No mesmo contexto de limitar o poder punitivo estatal, vale registrar a aplicação do princípio da insignificância aos agentes de delitos contra o patrimônio. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido que tal princípio de política criminal qualifica-se como “*fator de descaracterização material da tipicidade penal*”.⁶²⁴ Ressaltando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, o STF estabeleceu vetores, ou seja, verdadeiros *standards* determinantes da aplicação do princípio da insignificância: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”.⁶²⁵ O cerne de tal construção é, uma vez mais, o cidadão alvo da persecução criminal:

(...) O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias a própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros ben jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano – efetivo ou potencial – causado por comportamento impregnado de significativa lesividade.⁶²⁶

Outro exemplo de atuação proativa do STF em prol das garantias constitucionais do cidadão é a disciplina dos limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's) através de sua jurisprudência.⁶²⁷ Além de estabelecer vetores e limites de atuação, os arestos pretorianos evidenciam novamente a preocupação com o poder (investigativo) parlamentar que, sem controle, coloca em perigo a dignidade humana do cidadão alvo da investigação. Especificamente sobre esse tema, ressalta-se a maciça jurisprudência da Corte suprema acerca do reconhecimento do direito ao silêncio de investigados (ou testemunhas) em depoimentos em Comissões Parlamentares de

⁶²³ Idem, *ibidem*.

⁶²⁴ Por todos: STF, HC 98152/MG, DJU 05.06.2009.

⁶²⁵ Idem, *ibidem*.

⁶²⁶ STF, HC 98152/MG, DJU 05.06.2009.

⁶²⁷ Sobre a temática, simbólica foi a publicação da obra *O Supremo Tribunal Federal e as Comissões Parlamentares de Inquérito*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 2006. 927p, que nada mais é do que a sistematização das decisões do STF sobre o tema. Nas palavras do Senador Renan Calheiros, Presidente do Senado naquela época, “a compilação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)” irá “nortear os trabalhos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário”. *ob. cit.* p. 13.

Inquérito:628

(...) assiste, a qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), consoante reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Esse direito, na realidade, é plenamente oponível ao Estado, a qualquer de seus Poderes e aos seus respectivos agentes e órgãos. Atua, nesse sentido, como poderoso fator de limitação das próprias atividades de investigação e de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, por exemplo). 629

No mesmo sentido de coibir a atuação persecutória estatal em sede penal é a jurisprudência do Pretório Excelso quanto ao estabelecimento do encerramento da esfera administrativa tributária como condição de justa causa para persecução penal (lançamento definitivo como elemento do tipo ou condição objetiva de punibilidade) dos crimes contra a ordem tributária.⁶³⁰

E por fim, nessa enumeração exemplificativa, pode-se citar a discussão da interrupção de gestação de fetos anencefálicos como situação atípica em relação ao delito de aborto. ⁶³¹ Na arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, pediu-se a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não-incidência naquela situação de inviabilidade fetal. Segundo Barroso, a grande questão teórica em discussão era a de saber se, “*ao declarar a não-incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não-punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador*”.⁶³² O Supremo Tribunal Federal conheceu a ação, determinando a suspensão de todos os processo criminais relativos a interrupção de gravidez no caso de anencefalia:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada

⁶²⁸ Por todos: STF, HC 83.622-MC, DJU 21.10.2003.

⁶²⁹ Idem, *ibidem*.

⁶³⁰ Por todos: STF, HC 81.611/DF, 13.05.2005.

⁶³¹ ADPF nº 54, ainda pendente de julgamento de mérito.

⁶³² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: QUARESMA, Regina et. alli(coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 83/84.

seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. (...).⁶³³

Em verdade, a atividade criadora do Supremo Tribunal Federal, em matéria de garantias constitucionais ligadas ao sistema punitivo, encontra-se contida em seu dever de delimitar o círculo de atuação das instituições estatais, definindo a exata conformação do âmbito de proteção dos direitos individuais, tarefa que incumbe não só ao legislador, mas também aos demais órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos que cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.⁶³⁴ Como bem coloca Binder, se faz necessária a recuperação da “*visão política*” sempre que se tratar de garantias e salvaguardas previstas diante do exercício do poder estatal de coerção penal, sendo o conjunto dessas garantias o fator decisivo para a “*forma constitucional do processo penal*”.⁶³⁵

A procedência dessa assertiva se verifica pela recente celebração do “*II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo*”, que contou com assinatura dos representantes máximos dos 3 (três) Poderes: os Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal.⁶³⁶

Vale lembrar que esse documento foi subdividido, de acordo com divulgação feita pelo Ministério da Justiça, em três pontos prioritários: proteção dos direitos humanos e fundamentais; agilidade e efetividade da prestação jurisdicional e acesso universal à Justiça. Dos 12 (doze) subitens apresentados como desdobramento do ponto “*proteção dos direitos fundamentais*”, 9 (nove) dizem respeito diretamente à alterações e reformulações de garantias processuais penais (dentre os quais podem ser citados a atualização da Lei no 9.296, de 1996, estabelecendo novas condições para o procedimento de interceptação telefônica, informática e telemática, objetivando evitar violação aos direitos fundamentais; revisão da legislação relativa ao abuso de autoridade, a

⁶³³ STF, ADPF 54, DJU 31.08.07.

⁶³⁴ BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 196.

⁶³⁵ BINDER, Alberto M. op. cit. p. 38.

⁶³⁶ Tal pacto foi assinado em 13.04.2009. Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso em 13.04.2009.

fim de incorporar os atuais preceitos constitucionais de proteção e responsabilização administrativa e penal dos agentes e servidores públicos em eventuais violações aos direitos fundamentais; atualização da disciplina legal das Comissões Parlamentares de Inquérito; disciplina do uso de algemas, de forma a atender ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana).

Tal documento revela a distância entre princípios constitucionais (desdobrados nos direitos e garantias fundamentais do cidadão) e a efetiva prática infraconstitucional penal, buscando coadunar as condutas institucionais dos entes da Administração Pública aos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo sempre como norte a Constituição Federal e a dignidade humana.

Comungando desse entendimento, Thiago Bottino revela que é com essa atuação do Supremo Tribunal Federal que se irá construir uma democracia constitucional, entendida como aquela que não se estrutura sobre elementos formais ou procedimentais, mas que traz em si mesma elementos contedúísticos essenciais à manutenção do Estado democrático de direito.⁶³⁷

Em verdade, as críticas a um “*ativismo judicial*” deveriam ser direcionadas para uma outra postura ativa judicial que, inobstante não ser doutrinariamente classificada como “*ativismo*”, evidentemente extrapola as funções institucionais do julgador, afetando sua imparcialidade e sendo potencialmente danosa à dignidade humana e desequilibradora de um processo penal justo: os poderes ativos do juiz em sede de persecução criminal.⁶³⁸ A mera previsão legal desses poderes revela direta violação ao princípio acusatório e da inércia da jurisdição penal,⁶³⁹ dispositivos típicos de um sistema inquisitório, de um processo penal de emergência,⁶⁴⁰ colocados muitas das vezes à disposição de uma política criminal baseada na ideologia *Law and Order* de combate à criminalidade.

Desta forma, no que tange à discussão do ativismo judicial em matéria penal, a grande questão que se apresenta ao intérprete ou ao “operador do Direito” é o ponto de vista político a ser adotado, de forma simples e sem rodeios: ou se objetiva a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão ou o combate à criminalidade como “defesa da sociedade”; pensa-se no homem ou no Estado;⁶⁴¹ na efetividade constitucional (centrada na dignidade humana) ou no

⁶³⁷ BOTTINO, Thiago. op. cit. p. 196.

⁶³⁸ De acordo com Jacinto Coutinho, “*centrado na gestão da prova, o processo penal será acusatório se ela não couber (sua busca), nunca, ao juiz*”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “*Mettere Il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice*”. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM): São Paulo, ano 17, n. 200, p. 23-24, julho 2009.

⁶³⁹ Podem ser citados como exemplo desse “*ativismo*” *in malam partem*, por assim dizer, a iniciativa probatória do juiz (cf. art. 156, II do CPP), instauração de inquérito policial por iniciativa do juiz (art. 5º, II do CPP), ordenação de medidas assecuratória *ex officio* (art. 127 do CPP), arrolamento de testemunhas do juízo (art. 209, CPP), decretação de prisão preventiva *ex officio* (art. 311, CPP), *emendatio libelli* (art. 383, CPP), dentre outros. Para estudo mais aprofundado da questão, ver LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 185.

⁶⁴⁰ Sobre o tema ver CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

⁶⁴¹ Como bem observado por Greco, “o homem não existe para servir o Estado. É o Estado que só existe para servir o homem, de cuja a tutela decorre a própria legitimidade do poder do Estado”. GRECO, Leonardo. *Publicismo* p. 42.

eficientismo penal.

A escolha política do constituinte de 1988 já foi feita, solucionando a problemática colocada por Bobbio, de que “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político*”.⁶⁴²

Inserindo-se nessa reflexão, deve-se analisar o exemplo norte-americano. Mas não na importação de institutos e políticas hipercriminalizadoras – recaindo no que Barbosa Moreira identificou como “*deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros*”⁶⁴³ –, mas sim no que efetivamente funcionou no arcabouço jurídico constitucional dos Estados Unidos; o que fez essa nação ser lembrada justamente pelo respeito à ordem constitucional e os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Em outras palavras, em matéria de ciências penais, urge a *criminal procedure revolution* brasileira, espelhando-se mais no exemplo da *Warren's Court* e menos no da *Law and Order*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direitos processuais*. (oitava série). São Paulo: Saraiva. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. *A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: Revista Atualidade Jurídicas: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB. n° 4. jan/fev 2009. Disponível em : www.oab.org.br/oabeditora. Acesso em 21.05.2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: QUARESMA, Regina *et. alli*(coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

BINDER, Alberto M. *Introdução do direito processual penal*. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

⁶⁴² BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 23.

⁶⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direitos processuais*. (8ª série). São Paulo: Saraiva. 2004. p. 7.

BRASIL, *O papel do Supremo*. Coluna de Merval Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. (2ª reimpressão) Almedina:Coimbra (PT). 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *20 anos da Constituição Democrática de 1988*. in: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio. nº 33. jul/dez. 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “*Mettere Il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice*”. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM): São Paulo, ano 17, n. 200, p. 23-24, julho 2009.

_____. *Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer Sica *et alli*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Coimbra editora: Coimbra. 1974 (reimpressão, 2004).

GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. In: Revista de Processo. ano 33. nº 164. São Paulo: Revista dos Tribunais. Out/2008.

ISRAEL, Jerold H.; LaFAVE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 6th edition. St. Paul, Minnesota (EUA): West Group. 2001.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. vol.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

MENDES, Gilmar. *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra(PT): Coimbra editora. 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a “Law & Economics”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/PUC-Rio. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra(PT): Coimbra editora. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *O Supremo Tribunal Federal e as Comissões Parlamentares de Inquérito*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 2006.

ZILLI, Marcos. *We the people...* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT. jul-ago de 2009. ano 17.