

JOSÉ HENRIQUE KASTER FRANCO

ATIVISMO

judicial e administrativo

aspectos penais

ATIVISMO

judicial e administrativo

aspectos penais

JOSÉ HENRIQUE KASTER FRANCO

ATIVISMO

judicial e administrativo

aspectos penais



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, José Henrique Kaster Franco.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini

Diagramação
Enzo Zaqueu Prates

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

FRANCO, José Henrique Kaster.

Ativismo judicial e administrativo: aspectos penais - Belo Horizonte: Editora
D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-947-2

1. Direito. 2. Direito Penal. I. Título. II. Autor

CDU343.2/.7

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



*“Considerare la vostra semenza:
Fatti non foste a viver come bruti,
ma per seguir virtude e conoscenza.”*

Dante Alighieri

“Quem salva uma vida, salva o mundo inteiro”.

Talmude

*Para Ellen, João Pedro, Julia, Rozani,
Henrique, Pedro, Irene e Eliane.
Eles sabem por quê.*

Para André Kaster Franco (in memoriam)

AGRADECIMENTOS

Ao Doutor Christiano Jorge Santos, pela confiança e pelos ensinamentos preciosos.

Aos Doutores Pasquale Bronzo e Antonello Cincotta, pela acolhida calorosa na Sapienza – Università di Roma.

À professora Monia Toni e ao Doutor Adriano Scattini, pelo companherismo na Itália.

Ao Doutor Ruy Celso Barbosa Florence, pelo exemplo de sabedoria e coragem.

Aos Doutores Guilherme Nucci, André Ramos Tavares, Renato de Mello Jorge Silveira e Alexandre Rocha Moraes, pelas críticas construtivas.

À Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges e aos Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Julizar Barbosa Trindade, Paschoal Carmello Leandro e Romero Osme Dias Lopes, dentre outros, por apoiarem o crescimento acadêmico e profissional dos magistrados.

A Michelle Ramos e a Ewerton Nobrega, membros de minha valorosa equipe de trabalho, pelo auxílio.

A Rodrigo Bigliardi Zibetti, pela revisão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. ATIVISMO JUDICIAL	17
1.1. Contextualização histórica.....	17
1.2. Polissemia conceitual.....	23
1.3. Noção de ativismo judicial adotada neste trabalho.....	26
1.4. Neoconstitucionalismo.....	31
1.5. Ponderação.....	35
1.6. Interesse público <i>versus</i> interesse privado.....	45
1.7. Antígona <i>versus</i> Creonte.....	49
2. ATIVISMO ADMINISTRATIVO-JUDICIAL	53
2.1. Aproximação ao conceito e à natureza do ativismo administrativo-judicial.....	53
2.2. Conselho Nacional de Justiça.....	55
2.3. Poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça.....	57
2.4. Poder regulamentar em matéria penal.....	66
2.5. Independência judicial.....	73
2.6. <i>Judicial review</i> e controle de constitucionalidade.....	76
2.7. Características do ativismo administrativo-judicial.....	80
3. PRÁTICA DO ATIVISMO ADMINISTRATIVO-JUDICIAL	89
3.1. Audiência de custódia.....	89
3.1.1. Objetivos declarados.....	95

3.1.2. Objetivos (in)alcançáveis	96
3.1.3. Implantação por ato administrativo.....	103
3.1.4. Consequências do ativismo.....	108
3.1.5. Aproveitamento do conteúdo da audiência.....	115
3.1.6. A não realização do ato.....	128
3.2. Ativismo no Ministério Público.....	131
3.2.1. Acordo de não-persecução penal.....	132
3.2.2. Colaboração premiada.....	139
3.3. Outros atos administrativos.....	144
4. PERSPECTIVAS PARA O(S) ATIVISMO(S).....	151
4.1. Qualificação: positivo ou negativo.....	151
4.2. Teoria única de ativismo.....	156
4.3. Política criminal e Poder Judiciário.....	160
4.4. Política criminal sem normatividade e sem criminologia.....	165
4.5. O caso emblemático do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.....	169
4.5.1. Estudo de julgados em matéria de “tráfico privilegiado”.....	177
4.6. Taxatividade e intermediação na lei nacional e em tratados internacionais.....	186
4.7. Conselho Nacional de Justiça: funções dialógica, propositiva e garantista.....	192
CONCLUSÃO.....	197
BIBLIOGRAFIA.....	209

INTRODUÇÃO

Ativismo judicial em matéria penal é tema que pouco ocupa as atenções da doutrina. As discussões privilegiam outros ramos do direito, limitam-se sobretudo à jurisdição constitucional e normalmente têm por objeto apenas decisões das cortes a quem incumbe o controle de constitucionalidade em abstrato.

Uma teoria única e genérica de ativismo, contudo, não atende às particularidades do direito penal e do direito processual penal, regidos por tradição histórica, princípios e escopos bastante particulares.

Tampouco restringir os debates aos tribunais superiores é um bom caminho, pois o fenômeno está presente no dia a dia da jurisdição, em todas as instâncias e até mesmo em órgãos administrativos, e há muito deixou de ser um problema relacionado apenas à invalidação da lei pelo Poder Judiciário.

Se um ativismo judicial no campo penal não desperta interesse, menos ainda um ativismo-administrativo judicial, levado a efeito por órgãos administrativos, mas com reflexos na prestação jurisdicional.

Este trabalho propõe-se a trazer o rico debate sobre o ativismo para a seara penal e ainda a apresentar esta nova temática: um ativismo nascido fora da jurisdição, que já está entre nós, mas ainda não recebeu a devida atenção.

Em tempos de onipotência dos princípios, mormente os que fazem crescer os espaços de poder do aplicador do direito, é sempre indispensável a discussão acerca dos limites e do papel dos atores no cenário democrático.

Necessário o exame de conceitos relativos ao ativismo judicial propriamente dito, passando por um panorama histórico e pela análise de práticas mal compreendidas no Brasil, como a ponderação de

direitos fundamentais e a suposta prevalência de interesses públicos sobre interesses individuais.

O ativismo é encarado como um fenômeno ligado à expansão de espaços de poder, mas originariamente neutro, não constituindo uma prática reprovável de antemão. Sua adjetivação, isto é, sua transformação em algo negativo, dependerá de outros fatores, como o papel do Judiciário na democracia e os limites do ordenamento jurídico.

Essa compreensão prévia sobre ativismo judicial é fundamental para que se entenda o que vem a ser *ativismo administrativo-judicial*, cujo conceito, natureza e características o diferenciam das práticas tradicionais de ativismo.

O estudo do ativismo administrativo-judicial requer o delineamento das funções de órgãos administrativos chave, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e deve ser aprofundado por um viés prático, com a apreciação de exemplos concretos em que se faz incidir, como a audiência de custódia, com seus contornos e suas consequências no âmbito do alinhamento do Brasil a tratados internacionais.

Pretende-se ainda lançar uma visão crítica em perspectiva, mirando-se nos meios de minimizar os problemas que advêm de práticas ativistas. Dentre eles, são trabalhadas questões como a necessária intermediação da criminologia entre a normatividade do direito penal e a política criminal. Também o papel do CNJ como agente de política criminal é destacado, assim como duas necessárias atribuições que lhe devem ser acrescidas: a de iniciativa na proposição de leis e a dialógica.

Permeiam este estudo, antes de mais nada, as lições de Luigi Ferrajoli quando defende um conceito de *democracia constitucional*, que compreende tanto uma *dimensão formal* (procedimentos capazes de legitimar as decisões enquanto manifestação da soberania do povo, a partir de instrumentos como o sufrágio popular e própria ideia de lei) quanto uma *dimensão substancial* (que considera não apenas a forma, mas também o conteúdo das decisões, e na qual a legitimidade repousa não apenas na vontade das maiorias de ocasião, mas no respeito aos direitos de cada membro do corpo social. Uma democracia na qual a soberania popular não reside em grupos ou mesmo em Poderes, mas finca suas bases fundamentalmente na universalização dos direitos fundamentais, garantidos a cada uma e a todas as pessoas concomitantemente).

Com base nesse paradigma de democracia, do qual deriva um positivismo renovado, ancorado na validade das leis em face da Cons-

tituição da República, mas que não tem a pretensão de resolver toda a complexidade do direito, são estudados os papéis do juiz e de órgãos administrativos no campo penal.

Este trabalho propõe-se a trazer o rico debate sobre o ativismo para a seara penal e ainda a apresentar esta nova temática: um ativismo nascido fora da jurisdição, que já está entre nós, mas ainda não recebeu a devida atenção. Em tempos de onipotência dos princípios, mormente os que fazem crescer os espaços de poder do aplicador do direito, é sempre indispensável a discussão acerca dos limites e do papel dos atores no cenário democrático.



ISBN 978-85-8425-947-2



9 788584 259472