



Qualis C ISSN: 2178-2008

ARTIGO DE REVISÃO

Listas de conteúdos disponíveis em [DOAJ](#)

## Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros



### Busca domiciliar: legislação, jurisprudência antidogmática e ativismo judicial

Searching homes: legislation and anti-dogmatic case law and judicial activism

DOI: 10.5281/zenodo.10815702

Recebido: 20/02/2023 | Aceito: 12/03/2024 | Publicado on-line: 13/03/2024

**Leandro Lara Moreira<sup>1</sup>**

<https://orcid.org/0000-0002-1903-541X>

<http://lattes.cnpq.br/5973411886743073>

UniProcessus – Centro Universitário Processus, DF, Brasil

E-mail: leandro.moreira@mpdf.mp.br



#### Resumo

O presente artigo analisa as divergências entre a previsão legal interpretada por cortes superiores atinentes à busca domiciliar e os fundamentos de fato e direito utilizados para a evolução jurisprudencial. Aponta o ativismo judicial ideologicamente orientado como elemento nodal e preponderante sobre a dogmática jurídica básica sobre o tema.

**Palavras chaves:** Busca e apreensão. Ativismo judicial. Decisões antidogmáticas.

#### Abstract

*This article analyzes the divergences between the legal provisions interpreted by higher courts regarding house searches and the legal and factual foundations used for jurisprudential evolution. It points to ideologically-oriented judicial activism as a nodal and overriding element in the basic legal dogma on the subject.*

**Keywords:** Search and seizure. Judicial activism. Anti-dogmatic decisions.

#### Introdução

As decisões das cortes de cúpula no Brasil pautam-se por um ativismo judicial sem precedentes em retrospecto ou na jurisprudência comparada. Conceitos sobre institutos consagrados são superados por meio de inovações distantes das interpretações sedimentadas na doutrina e jurisprudência nacionais. Como exemplo, dentre vários outros, busca e apreensão, medida cautelar, com objetivo de colheita de provas, no intuito da verdade material, sofreu inovação interpretativa que destoa da dogmática jurídica.

Essas inovações geram questionamentos complexos e profundos acerca das funções essenciais e primárias dos poderes constituídos, abrindo ensejo à necessidade efetiva de freios e contrapesos ao seu exercício. Tal contrabalanceamento se afigura pouco provável em autocontenção pelo Poder

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-graduado Lato Sensu em Direito, Estado e Constituição. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Penal. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano. Professor de Direito Penal na Uniprocesso. Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Judiciário, do mesmo modo que os demais Poderes, pelo que se vê nos últimos anos, não proporcionarão estipulação de limites legais nem constitucionais.

Neste contexto, este artigo propõe-se a pontuar algumas decisões judiciais contraditórias e suas implicações, as razões das divergências fáticas e jurídicas entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, bem como apresentar ponto de vista dogmático sobre, s.m.j., as motivações ideológicas de algumas decisões judiciais.

### **Busca e apreensão na legislação penal e doutrina brasileiras**

A busca e apreensão, em nosso processo penal, é meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios<sup>2</sup>.

Apesar de comumente citadas como se fossem uma coisa só, a busca não se confunde com a apreensão. A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoal. Não é de todo impossível que ocorra uma busca e apreensão, e vice-versa. Conquanto a busca e apreensão esteja inserida no Código de Processo Penal (CPP) como meio de prova (Capítulo XI do Título VII), sua verdadeira natureza jurídica é de meio de obtenção de prova (ou de investigação da prova)<sup>3</sup>.

A busca de natureza pessoal pode ser determinada pela autoridade policial ou pela autoridade judiciária. Noutra giro, a busca domiciliar, de acordo com Constituição Federal, deve respeitar que a casa é asilo inviolável do indivíduo, nela podendo penetrar em caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (CF, ART. 5º, XI).

A busca tem por objetivo encontrar objetos ou pessoas e a apreensão é a medida que a ela se segue. Temos que distinguir os institutos: a busca é a procura, a diligência que objetiva encontrar o que se deseja, ao passo que a apreensão é medida de constrição, para acautelar, pôr sob custódia determinado objeto ou pessoa. Nada impede que exista busca sem apreensão, e vice-versa. Na primeira hipótese, a diligência pode ser frustrada, não se encontrando o que se procura, ou ter simplesmente o objetivo de identificar determinada circunstância, como, por exemplo, gravar imagens de um determinado local. Já a apreensão também pode ser realizada sem a prévia busca, quando, v.g., o objeto é entregue voluntariamente à autoridade<sup>4</sup>.

Segundo o art. 242 do CPP, a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Sobre os requisitos da Lei que autorizam a busca e apreensão, encontra-se no art. 240 do Código de Processo Penal, vejamos:

<sup>2</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único, 8ª edição. Salvador, Ed. Juspodivm, 2020, pag. 793.

<sup>3</sup> LIMA, Marcellus Polastrini. A tutela cautelar no processo penal. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2005, pag. 134.

<sup>4</sup> TAVÓRA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso direito processual penal. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. pag. 741.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

O parágrafo primeiro do referido artigo acima mencionado traz certo “receio”, pois as “fundadas razões” acabam de certa forma temerárias, por ser uma expressão ampla, e neste sentido a contribuição de Aury Lopes Jr, transcreve com propriedade: “O primeiro problema da busca domiciliar reside na expressão ambígua fundadas razões, empregada no art. 240, § 1º, cuja abertura remete a um perigoso espaço de discricionariedade e subjetividade judicial. Somente a consciência da gravidade e violência que significa a busca domiciliar permite compreender o nível de exigência que um juiz consciente deve ter ao decidir por uma medida dessa natureza, devendo exigir a demonstração do *fumus commissi delicti*, entendendo-se por tal uma prova da autoria e da materialidade com suficiente lastro fático para legitimar tão invasiva medida estatal. A busca domiciliar deve estar previamente legitimada pela prova colhida e não ser o primeiro instrumento utilizado. Para controle da observância desse requisito, a fundamentação da decisão judicial é o segundo ponto a ser destacado”<sup>5</sup>.

Neste sentido, a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, portanto, quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que, dentro da casa, havia situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou autoridade, e de nulidade dos atos praticados. Deve haver um controle *a posteriori*, exigindo-se dos agentes estatais a demonstração de que a medida fora adotada mediante justa causa, ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de flagrante delito no interior daquele domicílio, autorizando, assim, o ingresso forçado, independentemente de autorização judicial.

### **Busca e apreensão na jurisprudência brasileira**

O e. Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) possuem interpretações divergentes sobre o tema. Diversas decisões do STJ foram alteradas ou anuladas pelo STF em razão da distinta valoração dos termos jurídicos quando da subsunção aos fatos.

O STJ possui jurisprudência inovadora sobre o conceito de “fundadas razões”, prolatada no Habeas Corpus nº 598.051/SP<sup>6</sup>, como elemento autorizativo da busca e apreensão domiciliar, afirmando que a “existência de denúncias anônimas”, somadas à “fuga do acusado”, por si sós, não configuram “fundadas razões” a autorizar o

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pag. 598.

<sup>6</sup> HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe 15/3/2021.

ingresso policial no domicílio do acusado sem o seu consentimento ou determinação judicial. Por isso, concluiu ter havido ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, pois não havia prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas.

Neste julgado, entendeu que investigado que autorizou o ingresso na residência, no relato dos policiais, sem gravação em vídeo e áudio, não seriam suficientes para autorizar o ingresso na residência.

A ementa, por decisão unânime, estatuiu que “as circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude “suspeita”, ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.”

Ademais, referida corte determinou que “além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar”, e ainda fixou prazo de 1 ano para que a decisão fosse aplicada em todo o país.

Em resumo, em Habeas Corpus, ação autônoma de impugnação, sem valoração de fatos, provas e exigência de direito pré-constituído, o e. STJ entendeu que são válidos as buscas e apreensões, quando:

1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de *standard* probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.

3. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.

5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Em 29.8.2022, no Habeas Corpus n. 596.705/SP, em decisão monocrática, o Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, concedeu a ordem, para reconhecer a ilicitude

das provas obtidas por invasão de domicílio e absolver os recorridos. Tem-se na decisão monocrática: “Segundo o depoimento dos policiais militares em juízo, os fatos transcorreram da seguinte forma (fls. 57-58, grifei): [...] os policiais esclareceram que estavam em operação na comunidade onde se localiza o local dos fatos, quando viram um indivíduo que se evadiu, quando da aproximação da viatura. Resolveram por sua abordagem e entraram na comunidade, saindo no seu encalço. Tal indivíduo correu por vielas, de modo que os policiais passaram a caminhar pelas vielas. Foi então que viram um portão entreaberto, dando acesso a um imóvel, que era dividido em três casas para três famílias. Entraram e avistaram a primeira casa, que estava com a porta semiaberta. Já na porta, viram um tijolo de maconha em cima da pia do imóvel. Bateram na porta e foram recebidos por Victoria. Indagaram-na sobre a droga que viram e ela disse que era de seu marido, Sergio Murilo, que não estava ali.

Disse ela, ainda, que tinha mais droga na casa, indicando-lhes uma despensa ou sapateira e um local embaixo da cama, onde encontraram outros cerca de vinte e seis tijolos de maconha, porções de cocaína e de crack e eppendorfs vazios. Encontraram, também, balança e quantia em dinheiro, que Victoria disse ser proveniente do tráfico. Chamaram o morador da casa vizinha, David, e indagaram-no sobre entorpecentes e ele disse que tinha uma porção de maconha na geladeira para uso próprio, mostrando-a. O policial Daniel disse que viu um saco azul com eppendorfs vazios perto da cama, de modo que passaram a efetuar busca no local. Entraram ali, onde encontraram mais droga, um tijolo de maconha cortado, enrolado em uma blusa vermelha, dentro do forno do fogão, juntamente com uma faca. David disse que nada sabia acerca da droga e que não era dele, mas disse que a blusa era de sua esposa, que não estava ali. Depois sua esposa apareceu e confirmou que a blusa era dela, mas que a droga era de seu marido David. Sergio Murilo não apareceu nessa ocasião. Na terceira casa havia uma senhora, que se apresentou como mãe de Sergio. Não efetuaram busca na casa dela. [...]”

Em recurso a tal decisão, acionado o STF, conforme extraído no RE 1.447.939/SP<sup>7</sup>, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, decidiu-se que “sendo permanente o crime de tráfico, a busca domiciliar no imóvel não é comprovada como contrária ao disposto no inc. XI do art. 5º da Constituição da República, não há ilicitude de provas nos casos de crime permanente quando há justa causa para o ingresso na residência. O entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito.”

Sobre a decisão de determinar que fossem documentados por áudio e vídeo as ações dos policiais e, do mesmo modo, que fosse implementada em todo o país, a referida decisão, foi impugnada via recurso cabível, e o e. STF, conhecendo do recurso, em julgamento do AgRg no RE n. 1.447.032/CE, decidiu, sendo o relator o Min. Alexandre de Moraes, que o Superior Tribunal de Justiça, no caso concreto ora sob análise, após aplicar o Tema 280 de Repercussão Geral, foi longe demais, alegando que não obstante os agentes de segurança pública terem recebido denúncia anônima acerca do tráfico de drogas no local e a suspeita ter empreendido fuga para dentro do imóvel ao perceber a presença dos policiais, tais fatos não constituem fundamentos hábeis a permitir o ingresso na casa do acusado.

Assim, entendeu que o ingresso dos policiais no imóvel somente poderia ocorrer após “prévias diligências”, desconsiderando as circunstâncias do caso

7 Recurso Extraordinário 1.447.939/STF, relatoria Min. Cármen Lúcia, 21/08/2023.

concreto, quais sejam: denúncia anônima e fuga empreendida após a chegada dos policiais. Nesse ponto, não agiu com o costumeiro acerto o Superior Tribunal de Justiça, pois acrescentou requisitos inexistentes no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, desrespeitando, dessa maneira, os parâmetros definidos no Tema 280 de Repercussão Geral por essa Suprema Corte.

Ponderou o ministro que, em que pese a boa vontade em defesa dos direitos e garantias fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça inovou no exercício de sua função jurisdicional, acrescentando ao inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal um requisito não previsto pelo legislador constituinte originário.

Apontou que, ao impor uma específica e determinada obrigação à Administração Pública, não prevista no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça não observou os preceitos básicos definidos no artigo 2º do texto maior, que consagram a independência e harmonia entre os Poderes e garantem que, no âmbito do mérito administrativo, cabe ao administrador público o exercício de sua conveniência e oportunidade (RE 636.686-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RE 480.107-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 27/3/2009).

Decidiu, por fim, como incabível, portanto, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca domiciliar, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência, em que pese inexistir tais requisitos no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, nem tampouco no Tema 280 de Repercussão Geral julgado por essa Suprema Corte.

O entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante. A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a seu respeito.

### **Jurisprudência, ativismo e ideologia**

Tais valorações completamente distintas sobre fatos não está perto de encontrar pacificação nas cortes superiores. O Tema Repetitivo nº 1163 do STJ encontra-se afetado ao rito dos recursos repetitivos e pendente de julgamento pela Terceira Seção do STJ, com a seguinte questão: “Saber se a simples fuga do réu para dentro da residência ao avistar os agentes estatais e/ou a mera existência de denúncia anônima acerca da possível prática de delito no interior do domicílio, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, constituem ou não, por si sós, fundadas razões (justa causa) a autorizar o ingresso dos policiais em seu domicílio, sem prévia autorização judicial e sem o consentimento válido do morador.” (REsp nº 1990972 / MG).

A interpretação das normas, com expansão de sentido de alcance, em razão da inércia de Poder, em regra, o Legislativo, encontra guarida em teorias hermenêuticas. Ocorre que a cada dia surgem novos conceitos de subsunção contrários à jurisprudência dominante, sem omissão estatal, em afronta às mais comezinhas regras de interpretação, fruto de um ativismo judicial inconstitucional.

É sabido que o ativismo judicial se originou após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial (que durou de 1939 a 1945), ante a insuficiência protetiva dos direitos humanos pelo positivismo.<sup>8</sup>

Isso porque antes de 1945 vigorava na Europa o princípio da supremacia do Poder Legislativo — que podia alterar a realidade fática através da criação de novas leis —, ao passo que no final da década de 40 consagrou-se a supremacia da Constituição (inspirada pela doutrina norte-americana), cabendo a proteção dos direitos fundamentais ao Poder Judiciário por se tratar do órgão responsável pela guarda da Lei Maior<sup>9</sup>. Ou seja, tendo em vista que as leis são fruto das maiores políticas ocasionais, reconheceu-se a necessidade de se respeitar a supremacia da Constituição (sobretudo os valores contidos na Carta Magna), fazendo surgir o neoconstitucionalismo<sup>10</sup>.

A terminologia "ativismo judicial" é empregada pela doutrina em vários sentidos e com diferentes aspectos valorativos, mas que pode ser definido como a função jurisdicional exercida além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, o que gerará, neste aspecto, uma carga valorativa negativa. Em outras palavras, seria a substituição da decisão legislativa ou administrativa pela decisão judicial, transformando os juízes em protagonistas do jogo democrático<sup>11</sup>.

Tal fenômeno ocorre quando magistrados, no afã de efetivar algum princípio "coringa", findam por determinar políticas públicas a órgãos estatais, adotando medidas reservadas ao Poder Legislativo, acolhendo pedidos que instituem despesas públicas sem previsão legal e, inacreditavelmente, até "criando" crimes por meio de decisões judiciais, como se deu na criminalização da homofobia como racismo, ao argumento de atender omissão legislativa, rompendo com o princípio da legalidade, garantia fundamental do art. 5º, XXXIX, da Carta Magna, em nítida aplicação de analogia, instituto não admitido para tanto pela unanimidade dos doutrinadores.

Ademais, ao assim agir, transgridem o art. 20 do Decreto-lei 4.657/1942, alterado pela Lei 13.655/18, que dispõe "não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão" e faz tábula rasa de toda a teoria consequencialista das decisões judiciais.

Por certo que não é um movimento único dos tribunais brasileiros, mas mundialmente, se vê a expansão jurisprudencial ativista. Ademais, contata-se influxo ideológico nas decisões judiciais ativistas, principalmente quando o Judiciário inova em matérias relativas à política, a preceitos morais e às ideologias, v.g., liberação de drogas, aborto, alheio à tecnicidade temática, à dogmática jurídica, em total inversão de funções estruturais do estado de direito em divisão tripartite.

As composições do e. STJ e do e. STF estão, em percentual acima de 80%, nitidamente alinhadas a um espectro político de viés progressista, o que justifica o alinhamento a teses argumentativas desprovidas de suporte fático e dogmático. Dão créditos e diversas decisões em obséquio ao que relatam institutos patrocinados e desmerecendo dados reais.

<sup>8</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *Ativismo judicial: afinal, do que se trata?* Revista CONJUR – Consultor Jurídico. Publicado em 12-12-2021. Acesso em 12-03-2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata/>

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 263

<sup>10</sup> Segundo Barroso, a expressão "neoconstitucionalismo" traduz-se no novo constitucionalismo democrático, fruto do pós-guerra, desenvolvido a partir de uma cultura filosófica pós-positivista, caracterizado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 266).

<sup>11</sup> LUSTOZA, Helton Kramer. *Ativismo judicial: Judiciário não pode se desviar de sua verdadeira finalidade*. Opinião. Publicado em 17-07-2020. Acesso em 13-03-2024. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/helton-kramer-existe-limite-ativismo-judicial?imprimir=1>

A título de exemplo, os últimos ministros do STF divulgam opinião afirmando positivamente a uma responsabilidade ao Judiciário sobre o alto número de encarcerados no país, induzindo que o Estado Juiz “prende muito e prende mal”, acoimando “injustiças e perversidades” à legislação brasileira, conforme palavras, por último, do Min. Luís Roberto Barroso, em seminário da Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro.

Esta narrativa permitiu fosse instituída, em afronta à legislação penal, por meio de decisão judicial, depois estruturada pelo Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia. Ocorre não se levou em conta o altíssimo número de crimes que acomete o país, como por exemplo a cifra de roubos, crime de alto potencial ofensivo, a uma taxa de 2.226 a cada 100 mil habitantes, conforme o Centro de Ciência Aplicada à Segurança Pública da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Conclui-se que, no Brasil, ocorreram 4.452.000 roubos, muito abaixo do número de pessoas presas, que não excede 900.000. Sem contabilizar os mais de 40.000 homicídios, milhões de furtos e, o crime que mais encarcera no país: o de tráfico de drogas.

Sem dúvidas, no país dos processos intermináveis, com centenas de recursos disponíveis, quatro instâncias, necessidade do trânsito em julgado para início do cumprimento de pena, atribuir ao excesso de presos qualquer parcela deste alto índice de criminalidade, no mínimo, faria sentido apenas aos que negam a impunidade com motor da criminalidade.

### **Considerações Finais**

A interpretação das leis e da constituição não deveria dar azo à invasão de competências dos Poderes Legislativo e Executivo, exceto, “verbi gratia”, aos respectivos instrumentos constitucionais para efetivação estrita de garantias fundamentais, como mandado de injunção e ações diretas de inconstitucionalidades por omissão.

O ativismo judicial se revela por diferentes dimensões (interpretação legal e constitucional criativas; autoexpansão de poder decisório sem amparo em fatos; avanço de direitos indeterminados; falta de deferência aos outros poderes; assunção de determinada ideologia política) e tem sido um dos piores instrumentos de aniquilação de direitos, como a igualdade e liberdade.

O alinhamento de mais de 80% dos ministros à ideologia progressista, na crença de que meliantes são vítimas da sociedade e que o excesso de prisões é causa significativa da criminalidade, denota alinhamento a uma narrativa que não possui fundamento empírico, mas, ao contrário, apenas teses reiteradas por pesquisadores patrocinados.

A ausência de parâmetros aferíveis e subsumíveis faticamente às decisões ativistas, em desrespeito ao silogismo simples previsto na teoria da decisão judicial; um Poder Legislativo acovardado ou leniente (pela tradicional troca de favores na cúpula da república); e um Poder Judiciário empoderado e cômico de sua ilimitável atuação é a chave de uma caixa de pandora que será aberta, cedo ou tarde, com consequências imprevisíveis para a coletividade.

## Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 779.427/SP**, rel. Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 28/02/2023, DJe 03/03/2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Ativismo judicial**: afinal, do que se trata? Revista CONJUR – Consultor Jurídico, publicado em 12-12-2021. Acesso em: 12-03-2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 598.051/SP**, rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Ativismo judicial**: Judiciário não pode se desviar de sua verdadeira finalidade. Opinião. Publicado em 17-07-2020. Acesso em: 13-03-2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/helton-kramer-existe-limite-ativismo-judicial?imprimir=1>

TAVÓRA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, Plenário**, rel. Ministro Celso de Mello, j. 13/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.447.939/STF**, relatoria Min. Cármen Lúcia, 21/08/2023.