

PROTAGONISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL

“Eu creio, senhores, que nós observamos neste ano, e nestes últimos anos, um crescente protagonismo judicial, seja neste tribunal, quando, afora as questões técnicas específicas, acabou o controle da constitucionalidade se transformando também numa instância recursal da luta política. Por diversas vezes aqui examinamos o prolongamento da disputa política junto ao Congresso Nacional em relação à elaboração legislativa. Tivemos, em alguns casos, o uso da Ação Direta no sentido de ser um instrumento, inclusive para maior visibilidade de posições político-partidárias. Tivemos também o uso da ação direta por partidos políticos visando a busca do debate constitucional. Mas ao fim, um crescimento imenso da disputa judiciária como um prolongamento da disputa política trazendo o Supremo Tribunal Federal e as estruturas judiciárias para o centro do debate político nacional.

Houve também durante esse período, principalmente a partir dos anos 90, uma progressiva judicialização das lesões de massa e dos debates de massa. Houve um acréscimo de funções no sistema judiciário exatamente porque passou o sistema judiciário a integrar a agenda nacional como um *locus* para o debate das grandes questões nacionais”¹.

3.1

Introdução

Desde o início da década de 1990, o Brasil assiste a uma expansão do Poder Judiciário, assumindo funções próprias dos Poderes Executivo e Legislativo, deixando de lado seu tradicional papel passivo e passando a protagonizar modificações na organização sócio-econômica brasileira.

¹ Discurso do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, na abertura do Ano Judiciário de 2005.

Movimento semelhante ocorria em diversos países do mundo, sob os nomes de protagonismo judicial ou ativismo judicial, sempre significando a maior visibilidade social e política dos tribunais e sua interferência na condução do debate político nacional

Com efeito, a Constituição de 1988, seguindo a tendência contemporânea de positivação de valores sob a forma de comandos normativos, abrigou uma multiplicidade de normas orientadas por diferentes perspectivas ideológicas. Nesse diapasão, um dos aspectos de maior relevância no atual debate brasileiro sobre os direitos fundamentais remete à discussão sobre a atuação do Poder Judiciário na construção de significados para determinados enunciados normativos. A crítica pós-positivista afirma que a teoria positivista do direito é incompleta porque necessita de uma teoria judicial que enfoque o juiz e a questão da interpretação.

Calsamiglia² aponta que o positivismo é adequado para a análise da norma (pois centra sua análise da ciência jurídica no legislador e na sua produção que é a lei), mas sua teoria não oferece ferramentas para lidar com a atuação jurisdicional (na medida em que supõe o direito como algo objetivo³, funcionando em um sistema completo e autônomo em relação à moral).

Nesse diapasão, é pertinente diferenciar as concepções liberal, comunitária e procedimental acerca do papel desempenhado pelas cortes constitucionais.

Na visão liberal, a atuação constitucional do povo pode modificar os direitos originalmente inscritos, desde que não pretendam desvirtuar a proposta inicial⁴. Deve ser realizada uma leitura moral da constituição, ou seja, sua

² CALSAMIGLIA, Albert: *Postpositivismo*. DOXA. Cadernos de filosofia do direito n° 21-I, Alicante: Universidade de Alicante, 1998.

³ “Em nome da ‘neutralidade científica’ induz-se o jurista à suspensão ou à não enunciação do juízo sobre o processo de elaboração e aplicação do direito. Ao jurista caberia tão-só conhecer e aplicar as normas jurídicas, não lhe incumbindo valorizá-las, o que seria o mister do filósofo do direito, ou perquirir seus efeitos sociais reais, o que tocaria ao sociólogo do direito, realizando-se a atuação de cada um em sua respectiva órbita de atuação, segundo limites implicitamente admitidos por todos, constitutivos do modelo de cientificidade positivista multifacetado, por esta forma, o direito, inviabiliza-se a investigação satisfatória atinente à sua ontologia. O trabalho do jurista resulta restrito ao trato lógico-formal da lei, à sua análise e atuação pretensamente indolor, como se fora uma operação capaz de efetuar-se com a precisão de um cálculo matemático”. (AZEVEDO, Plauto Faraco de: *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 14).

⁴ “(...) os direitos individuais são ‘trunfos’ que devem ser utilizados contra programas políticos fixados por decisões majoritárias precisamente porque constituem princípios de direito que devem ser interpretados como comandos obrigatórios, e não como valores especialmente protegidos”

interpretação deve ser realizada a partir dos princípios morais que decorrem do acordo daqueles que fazem parte da comunidade de princípios. Para os liberais, a corte constitucional é a única instituição que pode explicitar os princípios compreendidos na comunidade de princípios, quando invoca os valores políticos em suas decisões.

Para os comunitários, a autodeterminação dos cidadãos é essencial ao conformar a interpretação constitucional segundo os postulados da relação de valores histórica e culturalmente identificados. Em outras palavras, as decisões judiciais devem se orientar para o contexto social em que operam. A crítica feita aos liberais é a de que ignoram o particularismo das identidades culturais e criam obstáculo ao processo democrático de autodeterminação. Aqui, o papel da corte constitucional é definir os valores comuns da comunidade⁵.

Vê-se, assim, que as duas diferentes teorias atribuem, com amplitude, à corte constitucional, o papel de estabelecer o significado das normas, segundo concepções políticas conteudísticas, deixando grande abertura a posições subjetivistas nessa atitude.

Na concepção procedimental, a corte constitucional não realiza interpretações de cunho valorativo, pois as normas jurídicas têm sua legitimidade fundada num sistema de direitos e num procedimento democrático de produção legislativa. Sua função é proteger esses requisitos (sistema de direitos e procedimento democrático de produção legislativa) sem os quais não há legitimidade nas relações estabelecidas por meio do direito positivo.

Nesse modelo, contesta-se a expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário representada pela construção subjetiva da norma na medida em que a interpretação constitucional pode esconder o arbítrio cerceador dos direitos individuais e da soberania popular.

Se for permitido ao juiz interpretar a norma de forma “moral” ou “justa” (deixando de aplicá-la ou reconhecendo sua incompatibilidade com o sistema jurídico, ou ainda com os princípios que animam a ordem jurídica, numa situação

(CITTADINO, Gisele: *Pluralismo, direito e justiça distributiva – Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 182).

⁵ “A idéia de que nossas escolhas não são determinadas por um único princípio universal (ou um conjunto de princípios interligados), e de que a escolha certa aqui talvez não seja igualmente certa ali é, rigorosamente falando, uma idéia relativista. O melhor arranjo político é relativo à história e cultura do povo cujas vidas ele irá arranjar” (WALZER, Michael: *Da tolerância*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 8/9).

em que se ameace o Estado de direito, a democracia e os direitos fundamentais), a conclusão inafastável será a ascensão do Poder Judiciário à condição de administrador da moral pública.

Nesse caso, haveria um “direito superior” que emana da interpretação moral realizada pela corte constitucional, concepção incompatível com os valores que inspiram o Estado de direito e a democracia.

Esse fenômeno cria o risco de que Poder Judiciário se transforme na mais alta instância moral da sociedade, escapando de qualquer mecanismo de controle social, controle a que toda organização política democrática deve estar subordinada, o que conduz inexoravelmente à aniquilação dos direitos fundamentais e da própria soberania popular.

No caso brasileiro, além da expansão do Poder Judiciário resultar do próprio modelo adotado pela Constituição de 1988, outro fator que contribuiu para o ativismo judicial foi a crise do Estado brasileiro.

3.2

Protagonismo judicial e segurança na sociedade de risco

A atividade criadora do magistrado na aplicação do direito não é um fato que necessite ser provado. Defendida por alguns e repudiada por outros, mas raramente negada, a criatividade judicial é algo que todo operador jurídico percebe como parte da lógica de funcionamento do próprio ordenamento jurídico.

Cada vez que um contrato é examinado, cada vez que se debate sobre a função social da propriedade privada, cada vez que as relações de trabalho são discutidas em razão das novas formas de organização das atividades produtivas ou cada vez que se colocam em discussão garantias do processo instaurado para julgar alguém por um crime, em todas as ocasiões enfim, os juízes são instados a analisar situações que ultrapassam os limites da técnica jurídica e invocam razões de ordem social, econômica, moral e política em suas decisões.

No entanto, a partir da década de 1990 é possível identificar no cenário jurídico brasileiro um movimento de grande expansão do ativismo judicial no Poder Judiciário que se revela na intervenção direta do direito judicial nas relações sócio-políticas nacionais.

Esse crescimento do papel criativo do judiciário na aplicação do direito pode ser creditado a dois principais fatores: 1) superação do paradigma jurídico do positivismo normativista; e, 2) à expansão do Estado e do próprio direito a uma esfera mais ampla e indefinida das relações sociais complexas.

No que tange à superação de um modelo jurisdicional formalista, identificado com a teoria positivista normativista, a crítica e superação desse paradigma são reveladas, no aspecto prático, pela abertura do Poder Judiciário à incorporação dos princípios jurídicos, mesmo aqueles não positivados, tendo como justificativa a aplicação do direito voltada à realização de justiça.

A insuficiência do positivismo normativista é trabalhada a partir de duas aproximações: a primeira, de cunho político, relacionada à pretensa inexistência de substrato moral do direito que pode ser simbolizada pela expressão “supremacia da regra”, e a segunda, de caráter metodológico, ligada ao conceito de sistema fechado e completo, definida como “supremacia da subsunção do fato à regra”.

Ao negar a crítica do conteúdo das normas jurídicas, cujo estudo o positivismo normativista havia relegado para as ciências afins (filosofia, sociologia, história), o dogma da “supremacia da regra” buscava dissociar o direito de qualquer juízo de valor (como equidade, tolerância e justiça). Contudo, a tentativa de criar uma ciência do direito, ao invés de torná-lo “verdadeiro” e “universal”, acabou por permitir sua deturpação enquanto instituição cuja função é a regulação e pacificação social por meio da realização de justiça.

O positivismo normativista não dispunha de salvaguardas contra o assenhoreamento do direito por um Estado cuja pauta política fosse absurdamente injusta. Narra Perelman que

“Enquanto a prática jurídica não estava muito distante dos costumes, dos hábitos e das instituições sociais e culturais do meio regido por dado sistema de direito, a concepção positivista do direito podia expressar de modo satisfatório a realidade do fenômeno jurídico. Mas com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que ‘lei é lei’, e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela”⁶.

⁶ PERELMAN, Chain: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 94/95.

Com efeito, a realidade histórica demonstrou não ser possível a organização jurídica na forma de um sistema que funcionaria dentro dos limites do razoável já que a humanidade não foi capaz de identificar esse limite. As críticas ao positivismo jurídico são, portanto, fruto de uma reflexão filosófica feita a partir de uma nova ordem mundial, construída sobre as ruínas das experiências totalitárias⁷, do nazismo e do stalinismo, e que reage à redução do direito a um mero instrumento e da sua legitimação a uma racionalidade destituída de substrato ético.

Se o cientificismo extremado da teoria positivista-normativista acabou frustrado em sua tentativa de total dominação do real, a hipertrofia do utilitarismo acarretou, dentre outras conseqüências nefastas⁸, o economicismo-capitalista selvagem que arrasa nações, culturas e o meio-ambiente na busca do lucro máximo, o individualismo exacerbado que atomiza os indivíduos e retira-lhes a capacidade de indignarem-se com o sofrimento alheio (perdendo o sentimento de compaixão de que falava Rousseau), a “imperialização” do mundo mediante a dominação de pessoas e nações numa rede de dependência econômica, industrial e tecnológica (que gera, outrossim, reações igualmente violentas, como o terrorismo) e, por fim, a intolerância com as diferenças étnicas, religiosas, culturais e sociais com os sangrentos conflitos armados daí decorrentes.

O positivismo, cuja enunciação destinava-se a combater e impedir a dominação e a sujeição do homem a forças que ele não poderia controlar acabou por jogar o indivíduo numa situação de impotência diante dos poderes

⁷ “O século XX, no entanto, presenciou experiências nas quais os limites entre o aceitável e o inaceitável desbordaram amplamente daquilo que hoje nos parece razoável. A mais dramática destas experiências foi o totalitarismo, que Hannah Arendt analisou como uma forma inédita de governo apoiada na ideologia, na burocracia e no terror e caracterizada pela ubiqüidade do medo. Terror, ideologia e burocracia permitiram uma dominação total da sociedade. Esta dominação se fez *per leges*, que tanto na vigência do nazismo quanto do stalinismo se colocaram contra os valores consagrados da Justiça e do Direito que, com a modernidade, fizeram do homem o sujeito de Direito legitimador do ordenamento jurídico”. (LAFER, Celso: *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 76/77).

⁸ “A deterioração dos sistemas políticos (ontem: socialismo estatal; hoje: capitalismo neoliberal) está vinculada a uma ordem globalizada determinante da proliferação criminal, da extinção da diversidade cultural, das idolatrias do consumismo e dos poderes irracionais dos Leviatãs autocráticos. A agressividade, o conflito e o supérfluo são os elementos identificadores desta sociedade automatizada, composta por uma multidão desumanizada, alienada e neurótica. (...) A sociedade industrial avançada tende a se apoiar nas mais complexas organizações oligárquicas reveladas pelo marasmo aviltante dos sistemas tecnoburocráticos, cuja tônica comum se define pela despoltização e ‘desideologização’” (WOLKMER, Antonio Carlos: *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 2000, p. 32/34).

incontrastáveis de Estados⁹ e grupos econômicos e industriais transnacionais, apoiados num modelo que permitiu enrustir sua ideologia de dominação numa pretensa objetividade¹⁰.

Nesse mesmo diapasão, a desigualdade social produzida pelo atual modelo econômico capitalista também revela a incapacidade do positivismo normativista de regular as relações sociais entre os indivíduos, permitindo o solapamento dos ideais da ilustração fundados numa igualdade social entre os cidadãos que impedisse o aviltamento do ser humano¹¹, como ocorre hoje em todo o mundo¹².

O direito legislado não possui uma capacidade intrínseca de se fazer válido ou legítimo. Essas características devem decorrer do modelo de Estado construído pela sociedade, o qual irá articular questões como democracia, pluralismo e justiça. O pós-positivismo critica o viés formalista do positivismo normativista que privilegiava a supremacia da regra, colocando o texto literal da lei como superior aos fundamentos que a inspiram. O direito não pode existir sem a justiça.

⁹ “Com o crescimento da sociedade capitalista e do âmbito mundial de sua expansão, o poder político – o Estado-potência – não apenas não diminuiu, mas se ampliou enormemente; e, onde o desenvolvimento foi ameaçado ou obstaculizado, ele não hesitou em assumir a forma das mais impiedosas ditaduras. De resto, nos países onde ocorreram as primeiras revoluções socialistas, o chamado Estado de transição – que deveria preparar o caminho para a sociedade sem Estado, para a dissolução do Estado na sociedade civil – transformou-se num novo Leviatã” (BOBBIO, Norberto: *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 83).

¹⁰ “Ao mesmo tempo em que concebe o Estado como um aparelho neutro e descompromissado, projeta ainda um pensamento jurídico desenvolvido a partir de um aparelho conceitual aparentemente depurado de contaminações ideológicas, encarando as relações sociais concretas apenas pela ótica das prescrições normativas. Ou seja, pela relação de imputação entre sanções a atos ilícitos, o que permite descartar, de modo sutil, a questão da justiça material como problema jurídico” (FARIA, José Eduardo: *A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico*. FARIA, José Eduardo (org): *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília, Editora Fundação UNB, 1988, p. 16).

¹¹ “a) La total amoralidad de las actividades humanas, en la medida que el mérito del mercado parece consistir en transformar los vicios privados, como el egoísmo o la insolidaridad, en virtudes públicas, como el bienestar para todos. (...) El incremento de la dependencia respecto a la máquina, que crece paralelamente ala reducción de la dependencia de los individuos entre si” (BALLESTEROS, Jesús: *Razones a favor de una postmodrnidad alternativa (respuesta a Javier de Lucas)*. DOXA. Cadernos de filosofia do direito n° 6, Alicante: Universidade de Alicante, 1989, p. 302).

¹² “Mas, hoje, depois de duas guerras mundiais denotadoras de graves fissuras na ordem burguesa, às quais se vieram acrescer vários conflitos geograficamente situados, que continuaram a evidenciá-las, será essa concepção dogmática sustentável? Em um mundo dilacerado pelos conflitos de toda sorte, pela miséria e por desigualdades clamorosas, em discrepância do padrão mínimo da concepção dos direitos humanos hoje aceito e positivado na Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 10.12.48, é aceitável postular e defender uma ciência jurídica interessada exclusivamente no que é puramente jurídico? É defensável uma ciência jurídica indiferente ao quadro social a que se destina o seu trabalho?” (AZEVEDO, Plauto Faraco de: *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: RT, 1996, p. 44/45).

Nesse contexto de resgate dos valores fundamentais que legitimam a própria existência do Estado, e certamente impulsionado pela mobilização político-social que se seguiu à promulgação de um novo pacto político para o país consubstanciado em uma Constituição repleta de direitos e garantias, o Poder Judiciário vem abandonando posturas formalistas e minimalistas substituindo-as por decisões muitas vezes polêmicas.

A crítica ao positivismo normativista também se revela na insubordinação do Poder Judiciário ao papel aplicador burocrático das leis, que a teoria positivista lhe tinha destinado, amesquinhando seu mister de distribuir justiça. Um Poder Judiciário independente do executivo e do legislativo é garantia contra a tirania e o despotismo, afirmara Montesquieu.

Porém, o positivismo normativista demonstrou sua capacidade de instalar a tirania mesmo num Estado em que há separação de poderes. Se por um lado a limitação da atividade jurisdicional impedia a transformação do juiz em legislador, essa mesma limitação não foi capaz de dotar-lhe dos poderes necessários para realizar sua função de garante dos direitos do indivíduo¹³.

Para corrigir essa limitação que o positivismo impôs ao judiciário, as teorias pós-positivistas propugnam que a regra não seja considerada como inquestionável e superior aos valores que a inspiram. Esses valores podem ser apreendidos dos princípios¹⁴ que animam o ordenamento jurídico, estejam eles expressamente enunciados ou não¹⁵.

¹³ “O modelo teórico positivista, considerando metafísica e, portanto, não científica a indagação concernente à justiça das leis e do ordenamento jurídico, encontrou no dedutivismo, herdado do jusnaturalismo, a forma de tolher sua valorização pelo juiz, de modo a automatizar seu trabalho e reduzir ao máximo o poder criativo inerente à função judicial. Por esta forma, reduzem-se tanto quanto possível as potencialidades eventualmente inovadoras da hermenêutica, entendendo-se que a segurança jurídica só se pode realizar mediante a drástica diminuição, até um mínimo possível, da latitude de apreciação do juiz, que se quer seja o aplicador da lei, um técnico tão obediente aos seus ditames quanto indiferente às contingências sociais, assim incapacitado a adequar a ordem jurídica às necessidades históricas progressivamente configuradas” (AZEVEDO, Plauto Faraco de: *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: RT, 1996, p. 107/108).

¹⁴ - “A crescente importância atribuída aos princípios gerais do direito, no direito continental do pós-guerra, manifesta-se não apenas no número cada vez mais considerável de publicações consagradas a esta matéria, mas também na mudança de atitude das Cortes de Cassação, mesmo as mais conservadoras e mais respeitadas da vontade do legislador” (PERELMAN, Chain: *Lógica Jurídica – Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.117).

¹⁵ - “En mi opinión, [la emergencia de los principios generales del Derecho como una nueva fuente del Derecho] es mucho más una forma de tomar en cuenta la importancia actual de los derechos humanos en la práctica política y jurídica. (...) El hecho de que, durante las últimas décadas, estos principios hayan sido cada vez más formulados y aplicados por los tribunales para completar, sofisticar y corregir el Derecho legislado significa que esta práctica, pero ciertamente ella satisface hasta cierto punto una resurgida necesidad de un armazón ético para el derecho” (VAN HOECKE:

Esse movimento de valorização dos princípios demonstra com clareza como a reação ao positivismo jurídico potencializou o movimento de protagonismo judicial¹⁶ como reação ao formalismo jurídico.

“Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrando, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha. Típico de todas essas revoltas - representadas por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *interessenjurisprudenz* e a *freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Gény e de seus seguidores na França – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica, e assim, do juiz como mera e passiva ‘inanimada boca da lei’. Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da idéia de que o juiz se encontra na posição de ‘declarar’ o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração especial. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case law*, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas sobretudo e também aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente”¹⁷.

Já no que tange à expansão do Estado, é possível afirmar que o aumento da importância do Poder Judiciário surge como consequência necessária da expansão da atuação do Estado na regulação da sociedade. No âmbito das democracias constitucionais norte-atlânticas, o crescimento do Estado foi

Mark: *El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales*. DOXA. Cadernos de filosofia do direito nº 19, Alicante: Universidade de Alicante, 1996, p. 429/430).

¹⁶ - “La crisis de la función de la ley como fuente exclusiva del Derecho ha potenciado una renovada dimensión pretoriana de la producción jurídica, hasta el punto de suscitar una abierta polémica sobre los denominados ‘jueces legisladores’. Pero este proceso, junto a sus luces, en términos de una mejor adaptación de los sistemas jurídicos a las exigencias de unas sociedades en constante transformación, comporta las sombras de su coste en erosión de la seguridad jurídica” (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?* PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (cord): *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 18/19).

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro: *Juizes Legisladores?*. Porto Alegre: SAFE, 1993. p. 32/33.

inicialmente concebido no paradigma do *welfare state*, do *new deal* e das várias formas de intervenção do Estado, por meio do direito, nas relações sócio-econômicas.

Posteriormente, diante das relações cada vez mais complexas que se apresentavam no campo dos avanços tecnológicos e biológicos, concebidos no cenário da sociedade de risco, mais uma vez se verificou a expansão do Estado. O movimento atual segue a mesma tendência de aumento do controle social, porém agora sob o influxo do combate ao terrorismo e de uma nova arquitetura transnacional de segurança.

No Brasil, embora com menor nitidez, é possível constatar os mesmos movimentos¹⁸. Quando o Poder Judiciário é premido para resolver o déficit de saúde criado pela ausência de uma política pública adequada, tendo de decidir pela distribuição de medicamentos ou autorizações para internações médicas, ou quando se exige o oferecimento de determinadas cotas de vagas em universidades públicas constata-se o “elemento” *welfare state* que se esconde por detrás dessa provocação.

Ao restringir o uso de insumos geneticamente modificados, conceder liminares que embargam obras de transposição de rios ou proibir o funcionamento de um aeroporto devido às falhas técnicas em seus equipamentos, o Poder Judiciário assume posturas típicas do Poder Executivo e de atuação governamental em um cenário de sociedade de risco.

A expansão do Estado e a conseqüente hipertrofia do Judiciário foram denominadas por Luiz Werneck Vianna como judicialização da política e politização da justiça. Werneck observou que aquelas demandas normativas que

¹⁸ “Más si el cuadro que se acaba de esbozar afecta a los denominados países centrales, no parece que en aquellos periféricos (aunque algunos presuntuosamente pretenden ser incorporados al llamado "primer mundo") la situación respecto al protagonismo judicial sea diferente. Ciertamente, en algún caso, la actividad jurisdiccional que caracterizaría dicho protagonismo no se distinguiría por el intento de purificación ética de la vida política perseguida por ciertas clases judiciales europeas y, muy al contrario, sí se destacaría por su propia corrupción o por sus alianzas con sectores del poder para salvar a estos de las perversiones incurridas (Argentina). Aún cuando, en otros, ha sido gracias a la actividad de un Ministerio Público sensible y activo que los meandros de un régimen podrido en la cabeza han podido ser puestos al descubierto, hasta el punto de lograr el desalojo y procesamiento de sus responsables (Brasil)”. (BERGALLI, Roberto: *Protagonismo judicial y sistema político: una flecha clavada en el corazón del capitalismo*. No hay derecho. Nº 10. Buenos Aires, 1993).

não são atendidas pelo Poder Legislativo geram uma demanda crescente entre grupos sociais e uma desqualificação da política na organização social¹⁹.

No Brasil, a politização da justiça ocorreu sobretudo ligada a essa inércia do Poder Legislativo na discussão e deliberação no que tange às demandas normativas da sociedade. Além disso, a profusão legislativa do Poder Executivo tornou o Legislativo seu refém na elaboração da pauta política nacional, gerando um desequilíbrio entre os poderes.

O quadro se deteriora na medida em que se busca resgatar a imagem e a “dignidade” da função legislativa por meio da instauração de sucessivas Comissões Parlamentares de Inquérito. Nesse quadro, o Poder Judiciário é instado a atuar para resolver os conflitos coletivos sociais, bem como para controlar os demais poderes políticos por meio de interpretações do direito.

Embora seja mais facilmente visualizada na macro-análise das relações econômicas e políticas, o próprio plano jurídico também sente os efeitos dessa “crise de identidade” que assola os poderes da República. Ao lado de um Poder Executivo que se arvora em legislador e de um Poder Legislativo que quer fazer as vezes de um julgador, o Poder Judiciário tem demonstrado, cada vez mais intensamente, um comportamento de agência executora das políticas públicas.

No campo do direito processual penal essa discussão revela-se com particular clareza. A demanda social por segurança que deveria ser naturalmente dirigida ao Poder Executivo, responsável por todas as agências e instituições diretamente envolvidas no processo de controle social, é deslocada para a órbita do Poder Judiciário.

A ineficácia do Poder Executivo transparece na falta de capacidade de desenvolver um policiamento eficiente e investigativo (com atuação direta na prevenção do crime e identificação do seu autor), na falência do sistema penitenciário (incapaz de criar as condições de ressocialização do preso), deixando ao Poder Judiciário a caótica (e inconstitucional) missão de promover o combate à criminalidade organizada e gerenciar as contínuas crises carcerárias.

Entretanto, qualquer protagonismo judicial, quando dissociado de critérios racionais e de uma vinculação ao fundamento de validade da autoridade

¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck *et alii*: *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

estatal, representa uma ameaça ao conceito de Estado de direito, à democracia e aos direitos fundamentais.

Inicialmente, o ativismo judicial brasileiro estava relacionado à defesa dos direitos humanos que dependiam de prestações positivas do Estado (saúde e educação, por exemplo) e à proteção da coletividade dos danos causados por agentes comparativamente mais poderosos, destacando-se a atuação nas áreas do direito do consumidor e do meio ambiente.

Conseqüência inexorável desse movimento foi o surgimento de grandes expectativas relativamente à capacidade do Poder Judiciário de manter esse comportamento em grandes proporções. Com efeito, afora medidas fartamente aplaudidas – muitas vezes iniciativas pioneiras ou ousadas para os padrões políticos nacionais, em casos com grande repercussão política – o Poder Judiciário sofre com críticas sobre seu funcionamento cotidiano, geralmente associadas à dificuldade de acesso à justiça, morosidade na tramitação dos processos, alto custo de manutenção dos litígios, ineficiência administrativa e gerencial, bem como falta de transparência e de responsabilidade na gestão dos tribunais.

Por outro lado, no âmbito do sistema punitivo, o movimento de protagonismo judicial empreendeu diversos movimentos ao ensejo de promover a “purificação ética” da vida nacional, empreendendo iniciativas persecutórias e policiais, geralmente com foco na corrupção dos funcionários públicos e de integrantes do próprio Poder Judiciário. Todavia, essa “missão” autocometida pelos juízes contrasta e inviabiliza o exercício de seu verdadeiro dever constitucional, de garantir os direitos individuais de iniciativas arbitrárias por parte do Estado.

Segundo Antoine Garapon, o fracasso das regulações sociais que couberam tradicionalmente à família ou à comunidade e a acomodação das instituições políticas explicam a ascensão do Poder Judiciário e, sobretudo, a opção pelo penal:

“Porém, esse interesse renovado pela coisa judiciária é ambíguo: ele revela tanto uma vontade de reforçar um contrapoder, quanto uma nova vocação, menos nobre, para a vingança. Esse novo teatro da democracia pode converter-se num programa circense, na medida em que oferece um espetáculo de maldade tornado mais excitante justamente pelo fato de que nele serão lançados à arena os poderosos, ministros, grandes empresários ou médicos. Essa forma sentimental e efusiva de se fazer política vai ao encontro de uma opinião

pública órfã de um conflito central, que não consegue representar os laços sociais de outra maneira que não seja pelo código binário agressor/vítima.

O direito penal se oferece como um caminho provável, como último recurso quando a ideologia desertou do espaço social. Em uma democracia inquieta, mais casuística que dogmática as categorias penais tem um belo futuro, por causa de sua simplicidade e por seu forte teor de adrenalina. Clamar por vingança, chorar ou se indignar não exige qualquer diploma. Essa lógica primária dispensa que se recorra às sutilezas da responsabilidade administrativa ou civil, que se tornam tanto mais suspeitas aos olhos dos cidadãos telespectadores, quanto menos eles as compreendem²⁰.

Com efeito, a falência do Executivo na criação de uma teia social que atue diretamente sobre fatores relacionados à criminalidade repercute na forma de pressão sobre o Legislativo, que passa a ser bombardeado por demandas como aumento de penas, diminuição da maioria penal, restrição de direitos dos processados e condenados, brutalização da execução da pena e, por fim, flexibilização de garantias individuais em prol de uma eficiência estatal no combate ao crime.

Um exemplo foi a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/1990), aplicada de forma acrítica pela imensa maioria dos juízes e tribunais brasileiros, que abdicaram de seu dever de declarar a inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos dessa lei, claramente contrários à Constituição²¹.

Contraditoriamente, os quinze anos de vigência dessa norma (emendada de forma ainda mais rigorosa nesse período) foram acompanhados pelo aumento do índice da prática daqueles delitos que ela pretendia diminuir, constituindo a prova mais evidente da impossibilidade de se combater a criminalidade exclusivamente por meio de palavras escritas em um papel.

A frustração coletiva é canalizada, então, para o Poder Judiciário, sob a forma de incompreensão do respeito a fórmulas consagradas e a demanda por interpretações restritivas de garantias individuais. Afirmações que normalmente seriam embaraçosas àqueles que as fizessem, como a viabilidade de condenações

²⁰ GARAPON, Antoine: *O juiz e a Democracia – o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 97.

²¹ A proibição de progressão de regime de cumprimento de pena, por exemplo, perduraria até 23 de fevereiro de 2006, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 82.959 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5 (votaram com o Ministro Marco Aurélio, relator, os Ministros Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence; contra a progressão, votaram os Ministros Ellen Gracie, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Nelson Jobim), em que se julgou inconstitucional a regra que proibia a progressão de regime para condenado por crimes hediondos. A Lei nº 8.072/90 foi alterada em 28 de março de 2007, pela Lei nº 11.464/2007, prevendo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

com provas circunstanciais, admissibilidade de provas ilícitas, restrição à atividade dos advogados de defesa e perseguição a juízes cujas decisões são mais liberais passam a ser vivamente defendidas, inclusive em editoriais jornalísticos.

Todavia, o perigo não está nos periódicos; mas nas sentenças. Segundo a avaliação de Roberto Bergalli, embora essa nova postura do Poder Judiciário surja ligada à defesa e à valorização dos direitos fundamentais, sua aplicação em matéria de direito penal e processual penal, contraditoriamente, não tem se revelado um mecanismo para aprimorar a proteção da liberdade dos indivíduos, mas sim um instrumento a serviço da ampliação dos poderes punitivos e persecutórios do Estado²².

Ora, sendo certo que o uso dos princípios e do novo instrumental teórico pós-positivista se presta justamente para atuar na redução da divergência entre a validade do modelo constitucional e a efetividade da aplicação concreta do direito, afiguram-se dois caminhos possíveis: o primeiro é o regressivo, em que a redução da efetividade é buscada por meio de uma interpretação restritiva das normas de nível superior, para torná-las compatíveis com as de nível inferior; o segundo é chamada de progressista e representa, ao contrário, a interpretação extensiva dos direitos fundamentais²³.

²² “Desde hace algún tiempo se presencia un fenómeno que, con mayor o menor propiedad – tanto en lenguaje periodístico como en ciertos niveles de estudio – se denomina como protagonismo judicial. El fenómeno consiste en una aparente hiper-actividad de la acusación pública y la jurisdicción penal, llamada a intervenir en asuntos de una supuesta mayor entidad política respecto de los otros para las que regularmente aquéllas están predispuestas” (BERGALLI, Roberto: **Protagonismo judicial y representatividad política**. DOXA. Cadernos de filosofia do direito nº 15-16, Alicante: Universidade de Alicante, 1994, p. 423).

²³ Paradoxalmente, quanto maior for o esquema de proteções aos direitos e garantias, maior será o risco de alargamento da distância existente entre normatividade e efetividade. Salienta Ferrajoli que nos Estados absolutos não há esse risco porquanto nesse tipo de Estado não há deveres que vinculem o governo, ao passo que o Estado de direito convive, necessariamente, com essa realidade. Não obstante a antinomia entre validade e efetividade seja um fenômeno estrutural do Estado de direito, há diferentes graus que vão desde a total inefetividade dos direitos fundamentais até a contenção dessa divergência numa margem estreita (a qual não poderá ser, porém, suprimida por completo). Não obstante, o jurista não deve pretender sistematizar normas para que apresentem uma coerência e completude que não têm, “mas ao contrário, de explicar-lhes a incoerência e a não-completude mediante juízos de invalidade sobre aquelas inferiores e correlativamente de não efetividade sobre aquelas superiores” (FERRAJOLI, Luigi: **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 704).

3.2.1

O “ideal constitucional de segurança”

Examinados os fenômenos da judicialização das relações políticas, econômicas e morais no contexto das democracias constitucionais, e do protagonismo judicial dentro do direito – promovendo o caminho inverso, de fundamentação das decisões jurídicas com argumentos políticos, econômicos e morais – é preciso destacar os efeitos desses movimentos no âmbito do sistema punitivo.

Trata-se de discorrer sobre o contexto sócio-jurídico atual, em que o Poder Judiciário é chamado a enfrentar problemas na área de segurança e diminuição dos níveis de violência e criminalidade. Analisar a (in)compatibilidade das funções de garante dos direitos individuais e de agência executiva das políticas do governo. Enfrentar a substituição dos valores constitucionais de liberdade, igualdade e fraternidade pelos valores de segurança, diversidade e solidariedade. Atacar, em especial, a temática da segurança versus liberdade em uma sociedade de risco.

Erhard Denninger sustentou, em um texto publicado em 2000, que os valores de liberdade, igualdade e fraternidade herdados da Revolução Francesa e que dão suporte à Lei Fundamental Alemã de 1949, estariam sendo substituídos por outros, a saber: segurança, diversidade e solidariedade. Afirmou Denninger que estaríamos diante de um novo paradigma constitucional, já que os novos ideais expandem e modificam os conceitos tradicionais²⁴.

Essa aventada mudança de paradigma constitucional foi imediatamente refutada por filósofos e constitucionalistas²⁵, fosse na Alemanha, fosse em

²⁴ “The thesis to be advanced here contrasts a new triad of (political, and especially constitutional) ideals – namely security, diversity, and solidarity – with the ideas of freedom, equality, and fraternity. It sees this second triad as constituting the core idea and driving force behind many recent debates about constitutional reform and in a multiplicity of reform movements, especially in constitutional politics and in the new German Länder. I pose the question of what characteristics and consequences this altered conception underlying the new constitutions might have” (DENNINGER, Erhard: “*Security, Diversity, Solidarity*” instead of “*Freedom, Equality, Fraternity*”. *Constellations*, Volume 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 509).

²⁵ Na concepção de Jürgen Habermas, em que pese a importância da construção teórica de Denninger, não há que se falar em mudança de paradigma constitucional. As questões postas por Denninger continuariam passíveis de serem enfrentadas dentro do mesmo *framework*, e não seriam mais do que uma nova leitura dos mesmos princípios, ao invés de uma modificação: “For decades, Erhard Denninger has been one of the most productive and astute analysts of the transformation from a liberal to a welfare-state based conception of the constitution. In his earlier publications, he

qualquer outra democracia ocidental que tivesse uma constituição construída sobre os mesmos valores. Por conseguinte, sequer analisaram se a nova tríade “expande” a anterior ou se essa modificação representa justamente a “restrição” dos antigos ideais. O presente trabalho estará limitado à análise desse fenômeno apenas no que tange ao ideal de liberdade, e mais especificamente, da liberdade individual ameaçada pelo *ius puniendi* e *ius persecuendi* estatais.

Embora o termo “mudança de paradigma constitucional” proposto por Denninger seja demasiadamente forte, porquanto indica uma ruptura, o fato é que a narrativa do autor alemão foi precisa em identificar um processo de recrudescimento dos poderes estatais que se iniciou na década de 1970 e avançou paulatinamente até o ano 2000. O texto de Denninger é anterior às profundas mudanças operadas nos conceitos de liberdade e segurança após o ataque terrorista que atingiu os Estados Unidos em 11 de setembro de 2001.

Com efeito, desde então, várias democracias ocidentais promoveram uma guinada em seus ordenamentos jurídicos na direção do aumento do poder estatal sobre os cidadãos²⁶. Assim, embora não se possa falar de uma efetiva

understood this change as a paradigm shift which, in reaction to a new societal challenges (first that of classical industry society, and thereafter that of the postindustrial risk society), realized an objective legal substance that was always implicit in the sistem of rights. His current perspective, however, extends a radically different understanding of the constitution to its principles and basic rights themselves. Denninger wants to ‘expand and modify’ the ideas of freedom, equality, and fraternity with the postulates of security, diversity, and solidarity” (...) “The trends which induce Denninger to introduce an additional triad of basic concepts all still seem to move within the normative framework of freedom, equality, and fraternity”. (HABERMAS, Jürgen: *Remarks on Erhard Denninger’s Triad*. Constellations, Volume 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 522/523). Por sua vez, Michael Rosenfeld refuta expressamente as conclusões de Denninger no que tange aos Estados Unidos e mesmo no resto do mundo. Segundo Rosenfeld, o constitucionalismo estadunidense é fortemente influenciado pela teoria liberal, especialmente em sua vertente lockeana, de modo que o individualismo predominante naquele país seria claramente incompatível com a genuína busca pela diversidade. Assim, Rosenfeld afirma ser razoável prever que o novo paradigma seria fortemente rejeitado nos Estados Unidos, embora não se pudesse ignorar a provocativa tese de Denninger: “American constitutionalism affords no evidence of a shift towards Denninger’s triad and apparently neither dos present day German constitutionalism. But this does not necessarily mean that such a shift is not possible, desirable, or even eventually inevitable” (ROSENFELD, Michael: *American Constitutionalism Confronts Denninger’s New Constitutional Paradigm*. Constellations, Volume 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 540).

²⁶ COLE, David: *Terrorism and the rule of law. A review of Ronald Daniels, Patrick Macklem, Kent Roach essays on Canada’s anti-terrorism law*. Toronto: University of Toronto Press, 2001; DANIELS, Ronald, MACKLEM, Patrick, ROACH Kent, (Orgs): *Terrorism and the rule of law*. Toronto: University of Toronto Press, 2001; HAQUE, M. Shamsul: *Government Responses to Terrorism: Critical Views of Their Impacts on People and Public Administration*. Public Administration Review, Vol. 2, Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2002; HOCKING, Jenny: *Counter-Terrorism and the Criminalisation of Politics: Australia’s New Security of Powers Detention, Proscription and Control*. Australian Journal of Politics and History, Vol. 49. N° 3. Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2003; LUSTGARTEN, Lauren: *National Security*,

substituição, é possível perceber um processo de alteração dos ideais constitucionais tradicionais oriundos do iluminismo.

Nas palavras de Denninger, esse novo “ideal constitucional de segurança” significa que:

“Security no longer means first and foremost the certainty of the individual citizen’s liberty, but rather the prospect of unlimited and unending state-sponsored activity for the sake of protecting citizens from social, technical and environmental dangers, as well as from the dangers of criminality”²⁷.

Embora em cada uma dessas diferentes situações o novo ideal de segurança represente, de fato, uma modificação na esfera da liberdade individual, é prudente tratar cada hipótese distintamente, já que os bens protegidos não se confundem em absoluto.

A segurança em face dos riscos sociais (doença, desemprego, invalidez, velhice) aumenta tanto o espectro dos deveres do Estado como o dos direitos dos indivíduos, que passam a nutrir expectativas de que o Estado os proteja contra essas espécies de dificuldades fortuitas ou naturais. Ao mesmo tempo, incide sobre a liberdade individual porque afeta a propriedade (mediante a criação ou majoração de impostos) e a liberdade de trabalho.

Terrorism and Constitutional Balance. The Political Quarterly Publishing. Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2004; NEUMAN, Gerald.L: *Comment, Couter-terrorist Operations and the Rule of Law*. The European Journal of International Law, Vol.15, issue 5. Sydney: 2004; GOLOVE, David: *United States: The Bush administration “war on terrorism” in the Supremm Court*. New York University School of Law. New York: University of New York Press, 2004; FERREJOHN, John, PASQUINO, Pasquale, (Orgs): *The law of the exception: A typology of emergency powers*. International Journal of Constitutional Law, Vol. 2, issue 2. New York: Oxford University Press and New York School of Law, 2004; BULNES, Bar Jimeno: *After September 11th the fight against terrorism in national and european law. substantive and procedural rules: some examples*. European Law Journal, Vol. 10, N° 10. Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2004; COHRS, J. Christopher; KIELMANN, Sven; MAES, Jurgen, MOSCHENER, Barbara: *Effects of right-wing authoritarianism and threat from terrorism and restriction of civil liberties*. Analyses of Social Issues and Public Policy, Vol. 5, N° 1. Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2005; FOOT, Rosemary: *Collateral damage: human rights consequences of counterterrorist action in the Asia – Pacifc*. International Affairs, Vol. 81, N° 2, Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2005; GEARTY, Corner: *11 de September 2001, Couter – terrorism, and The Human Rights Acts*. Journal of Law and Society, Vol. 32, N° 1. Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2005; HICKMAN, Tom R.: *Between Human Rights and the Rule of Law: Indefinite Detention and the Derogation Model of Constitutionalism*. The Modern Law Review Limited, 2005; JOHNS, Fleur: *Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception*. The Europe Journal of International Law., Vol. 16, issue 4. Sydney, 2005; LEWIS, Carol W.: *The Clash between Security and Liberty in the U.S Response to Terror*. Public Administration Review, Vol. 65, No. 1. Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2005.

²⁷ DENNINGER, Erhard: “Security, Diversity, Solidarity” instead of “Freedom, Equality, Fraternity”. Constellations, Volume 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 515.

No que tange aos riscos ambientais (colocação no meio ambiente de produtos geneticamente modificados; transporte, armazenamento e utilização de substâncias químicas e nucleares potencialmente perigosas; uso sustentável de água potável) e tecnológicos (decorrentes da dependência das sociedades de sistemas automáticos para suprimento de combustível, energia elétrica, comunicação e transporte e também as inovações nas áreas de informática e robótica) a tendência é de limitação de alguns direitos (livre iniciativa, livre mercado) em prol da ampliação de outros (saúde, habitação, alimentação, lazer, acesso a bens culturais), implicando em regulamentações que controlem e orientem o uso de recursos naturais e de processos técnicos e mecânicos e ainda a responsabilização por danos causados.

Por sua vez, a segurança face à questão da criminalidade é radicalmente diferente porque adentra profundamente no menor e mais importante núcleo de liberdade do indivíduo. Aqui, a limitação da liberdade significa o aumento radical do controle e do poder do Estado sobre o ser humano, quase sempre traduzido no aumento de condutas puníveis – seja mediante o aumento de criminalização de condutas, seja por meio da abstração e generalidade na construção de tipos penais abertos – e na diminuição de garantias do acusado durante o processo criminal²⁸.

Segundo Castro Rangel²⁹, Denninger privilegiaria a questão dos riscos tecnológicos ambientais e ligados à seguridade social, quando seria desejável que se ampliasse a escala do conceito de segurança para aplicá-lo “sem complexos” sobre toda forma de liberdade individual (inclusive integridade física e liberdade de locomoção).

Entretanto, em momento algum Denninger releva, ignora ou subestima o reflexo da transformação do ideal constitucional na liberdade individual. Ao contrário, reforça a concepção de que não há nenhum ganho a compensar o aumento brutal do poder punitivo do estado sobre o cidadão.

“This direct aim of assuring legal goods [Rechtsgueterschutz] entails its own dangers for legal security as a guarantee of liberty. Although the ‘basic right to security’ has been invoked in this context, a closer investigation reveals instead

²⁸ AMARAL, Thiago Bottino: *A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo*. Revista Discursos Sediciosos, nº 15/16. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 296.

²⁹ RANGEL, Paulo Castro: *Diversidade, Solidariedade e Segurança (notas em redor de um novo programa constitucional)*. Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, ano 62, Dezembro de 2002. Disponível em <<http://www.oa.pt/genericos/detalheArtigo.asp?ida=16887>>. Acesso: 17 de março de 2005.

a blank authorization to engage in any conceivable intervention into the sphere of individual liberty and hardly a 'genuine' basic right"³⁰.

Objetiva-se analisar as provocações de Denninger acerca da mudança de paradigma constitucional no que tange aos ideais de liberdade e segurança e, mais especificamente, exclusivamente no que pertine às conseqüências que essa mudança traz para a liberdade individual.

Acredita-se que embora não haja uma ruptura que modifique completamente as constituições das democracias ocidentais, não se pode negar a existência de um perigoso processo de substituição do “ideal constitucional de liberdade” por um “ideal constitucional de segurança” na medida em que se verifica cada vez mais amplamente a aceitação pelas sociedades do aumento do poder estatal sobre os cidadãos.

Demonstrar-se-á, também, que o ideal de segurança não expande o tradicional conceito de liberdade, mas, ao contrário, o limita em holocausto ao aumento desarrazoado, ineficaz e temerário do poder punitivo do Estado, trazendo, ao final, como conseqüência, a própria desestruturação do Estado democrático de direito.

Essa demonstração decorrerá do exame de algumas premissas sobre o conceito de segurança, de constitucionalismo e dos tipos ideais de sistemas punitivos que se estruturam a partir de cada ideal constitucional (liberdade/segurança).

Também não se olvida que o debate sobre direitos fundamentais se vê, desde algum tempo, confrontado com uma realidade transformada pela crescente complexidade das relações político-sociais e pela avalanche de novos princípios ligados ao conceito de sociedade de risco, os quais passam a orientar as políticas legislativas, inclusive constitucionais, também gerando uma diminuição do espaço de liberdade individual. Assim, o tema da substituição do ideal constitucional de liberdade por um novo de segurança também deve ser tratado à luz do conceito de risco.

Tradicionalmente, o conceito de segurança no direito constitucional significa garantia dos direitos, sobretudo a proteção dos direitos fundamentais. Mesmo sem uma definição sobre se a segurança jurídica é valor ou princípio, ou

³⁰ DENNINGER, Erhard: “*Security, Diversity, Solidarity*” instead of “*Freedom, Equality, Fraternity*”. *Constellations*, Volume 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 515.

se a segurança dos direitos fundamentais é ela própria um direito fundamental, o fato é o conceito de segurança nas democracias ocidentais, quando relacionado ao direito de locomoção, está estruturado numa concepção liberal de proteção do indivíduo pelo Estado contra interferências ou violências indevidas que partem do próprio Estado.

A noção de segurança se confunde com a própria concepção de constitucionalismo, pois um elemento central desse conceito é justamente a confiança que os cidadãos depositam no Estado significando, principalmente, a expectativa de previsibilidade e razoabilidade, enfim, de segurança, na atuação do Estado e de seus agentes.

Por sua vez, a locução “ideal constitucional” significa considerar que um determinado valor seja não só protegido e promovido pelo Estado, mas também que esse valor seja um dos fundamentos que condicionam a atuação e legitimam a própria existência do Estado. Os ideais liberais e iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade são a base valorativa sobre a qual se estruturou um determinado tipo de Estado: Estado democrático de direito.

Portanto, afirmar que a segurança substitui a liberdade como ideal constitucional equivale a sustentar uma modificação no fundamento de legitimidade do Estado e no próprio sistema constitucional, operada para realizar o objetivo de segurança e garantir que os cidadãos correspondam à respectiva expectativa de comportamento.

Contudo, quando se transporta o conceito de “segurança como valor fundamental” do direito constitucional para o âmbito do direito criminal, o que se percebe é uma distorção do seu conteúdo: segurança passa a significar, justamente, insegurança.

Aqui, o fortalecimento do aparato estatal e a expansão do direito penal surgem como meios de dar uma (aparente) solução ao problema da criminalidade e à necessidade de segurança. Porém, o cidadão deixa de ser o foco ou o destinatário do direito de segurança para tornar-se, ele, a causa da insegurança. A ameaça paira agora sobre o Estado e a sociedade, que se vê ameaçada pelos comportamentos criminosos dos indivíduos.

Embora seja legítima e verdadeira, a demanda social de proteção não pode justificar a submissão dos cidadãos ao controle absoluto do Estado, o qual é,

em grande parte, responsável pela violência a que são submetidos os cidadãos, reflexo do uso indiscriminado e abusivo do monopólio da violência “legítima”.

Outrossim, o recrudescimento de uma legislação penal e processual penal não possui nenhuma relação direta com a diminuição dos índices de criminalidade. As medidas governamentais que atuam exclusivamente nessa direção não têm o condão de diminuir a violência social e sim o efeito contrário.

Na verdade, o que ocorre é a transformação – operada pela mídia e pelo aparelho governamental – do “desejo de segurança” em “desejo de punição”, com atuação exclusivamente no campo simbólico, não se traduzindo em efetiva diminuição da criminalidade.

O único efeito concreto que se verifica é a maior intervenção do Estado na vida dos indivíduos e a ampliação dos instrumentos de controle. Graças à ampla margem de poderes para controle social, muitos opositores do governo (minorias, grupos marginalizados, políticos de oposição) são controlados.

Até pouco tempo, no Brasil, eram os agentes do Estado quem promoviam perseguições e intimidavam os indivíduos, privando-os não apenas de sua liberdade de expressão, mas da própria liberdade de locomoção, em ações arbitrárias que muitas vezes eram acompanhadas de violência física (tortura). As leis que avalizavam esse tipo de autoritarismo tinham como princípio comum a suposta promoção da “segurança coletiva” contra ameaças “subversivas”, “comunistas”, “anarquistas”, etc.

O medo insuflado na sociedade contra os “inimigos” dos Estado fornecia uma aparência de necessidade para a adoção de medidas severas de controle social³¹.

Uma vez restaurada a democracia, essa justificativa deixou de ser suficiente e o medo passou a ser introjetado por outra via: o crime comum. O efeito do medo, contudo, não se altera; substituído o “inimigo”, permanece a demanda por policiamento e punição. O discurso de “segurança nacional” ainda garante meios extraordinários de controle social.

³¹ Em alguns países centrais como Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra, ocorreu processo relativamente semelhante. Durante as décadas de 50 a 80 do século passado, o “inimigo” foi associado ao comunismo e cunhou-se a noção de “guerra fria”. Com o enfraquecimento e desestabilização dos regimes comunistas, ganhou força o movimento de *Law and Order*, que sustentava a continuidade de existência de uma ameaça à nação. A guerra continuava, apenas o “inimigo” foi substituído: ao invés de comunistas seriam caçados os traficantes, integrantes do crime organizado e, mais recentemente, a partir da primeira década do século XXI, os terroristas.

O termo “cultura do medo” representa o superdimensionamento do medo mediante a alteração da percepção da população no que tange à violência. Essa “cultura do medo” se transforma num discurso legitimador do aumento dos poderes do Estado justificando ações e comportamento claramente antidemocráticos e nitidamente direcionados para um maior e mais estrito controle social.

Esse medo também provoca a fragilização do indivíduo e das redes sociais alternativas ao poder estatal, deixando a população refém de uma sensação de insegurança na qual a percepção subjetiva do perigo é muito superior aos riscos reais. Essa insegurança é resultado direto da manipulação dos dados sobre a criminalidade e induz a população a demandar obsessivamente pela intervenção cada vez maior do Estado na liberdade individual.

Ademais, o pânico social evocam nos indivíduos seus “instintos mais primitivos”, razão pela qual proliferam discursos pleiteando que o criminoso seja despido de sua condição de ser humano e tratado de modo selvagem, mediante aplicação de medidas como tortura, esterilização forçada e até o assassinato de criminosos, numa reação igualmente violenta em retaliação ao crime.

Numa atitude social semelhante ao recalque psíquico³², não se discute o fracasso da epidemia penalizadora no tratamento do fenômeno da criminalidade, nem a absoluta falta de correspondência entre a criação de medidas penais draconianas e a redução da violência social.

Os cidadãos não são estimulados pelos meios de comunicação a analisar criticamente os efeitos da intervenção violenta do Estado na esfera de liberdade individual nem o uso político do medo do crime para a legitimação de medidas autoritárias. Ao contrário, acostumam-se a enxergar a reação punitiva como única medida capaz de gerar alívio. A fixação na punição – e preferencialmente a punição imediata e especialmente intensa – desvia as atenções da população do debate sobre as verdadeiras causas da criminalidade e impede a busca de outras soluções mais eficientes e menos simbólicas.

No contexto brasileiro do início do século XXI, é especialmente importante que se proceda à análise crítica do discurso de expansão do direito penal como único meio de controlar a criminalidade. Mesmo os setores

³² Entendido como exclusão do campo da consciência de certas idéias, sentimentos e desejos que o indivíduo não quer admitir ou reconhecer, mas que existem.

supostamente mais progressistas da sociedade brasileira – assim considerados porque reconhecem que uma sociedade mais justa e igualitária é meta e compromisso constitucional de um povo soberano – não conseguem romper o ciclo irracional que busca combater o crime com doses cavaleares de autoritarismo e violência.

Ao ensejo de combater os crimes que afetam a estrutura institucional do Estado (corrupção, crimes em licitações, etc.), esses setores da sociedade – bem definidos como “esquerda punitiva”, por Maria Lucia Karan – reproduzem as posturas antidemocráticas utilizadas pelos grupos que controlam o aparelho do Estado no combate a criminalidade convencional das massas, apoiando medidas de redução das garantias do indivíduo (como acesso a um advogado e assistência imediata da família no momento da prisão), “*desejando e aplaudindo prisões e condenações a qualquer preço*”, e, principalmente, aderindo “*à propagandeada idéia que, em perigosa distorção do Poder Judiciário, constrói a imagem do bom magistrado a partir do perfil de condenadores implacáveis e severos*”³³.

No altar do combate à criminalidade, são imoladas garantias constitucionais, valores fundamentais da República e a própria noção de auto-respeito. A exibição de humilhações gratuitas de criminosos (ou, na maioria das vezes, apenas supostos criminosos) ao invés de chocar e provocar indignação, são exaltadas como medidas adequadas ao desestímulo de novos crimes.

O uso político do medo para controle social ocorre ainda mediante a identificação de um “inimigo” e o cultivo do medo de que esse inimigo possa destruir o Estado e corromper a sociedade. O discurso envolve sempre expressões fortes como “guerra” contra as drogas, “combate” aos marginais, “erradicação” do crime etc, que refletem a demonização da figura do criminoso, num processo de negação da “normalidade social” do delito e de idealização de uma sociedade sem conflitos ou sem violência.

Ademais, quando se associa o enfrentamento de determinados crimes ou criminosos a uma guerra, se aceita (in)conscientemente a utilização de medidas que não se compatibilizam com o respeito dos direitos humanos daqueles considerados “inimigos”, ou seja, os eventuais violadores das regras.

³³ KARAN, Maria Lucia: *A esquerda punitiva*. Discursos Sediciosos – Crime, direito e sociedade. Nº 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 80.

Esse discurso esconde que violência e insegurança são problemas sociais distintos, com causas independentes e a consequência mais visível desse processo é a associação, feita por uma larga parcela da população de que sua segurança coletiva depende de punições mais severas para os delitos já praticados. Contudo, o discurso da falência social, da impotência do cidadão frente ao crime tem por resultado concreto apenas o fortalecimento do poder estatal e o endurecimento dos meios de controle social.

Um excelente exemplo do processo de legitimação de poderes excepcionais do Estado e da transformação de segurança em punição está nos resultados da pesquisa desenvolvida pelos professores Stamus Papastamou, Gerasimos Prodomits e Tilemachos Iatridis, da Universidade Panteion de Atenas³⁴.

A *enquete* envolveu 1027 (mil e vinte e sete) estudantes universitários gregos e seu objetivo era avaliar a tolerância da população diante das medidas restritivas de direitos individuais implementadas pelo governo grego ao argumento de combater o terrorismo, bem como sua tolerância relativamente a violações de direitos humanos dos suspeitos de práticas terroristas.

Uma das conclusões sublinhadas pelos pesquisadores é que a ameaça terrorista é entendida como situação permissiva para a legitimação da violência estatal em níveis normalmente inadmissíveis no contexto de uma democracia liberal. A legitimação da violência aparece, portanto, associada à percepção sobre a legitimidade da “causa” terrorista.

Exemplo disso é a constatação de que os entrevistados que não questionam as práticas estatais na perpetuação do terrorismo (ou seja, não concordavam com a afirmação de que a atuação governamental gerava a perpetuação do terrorismo, nem com a afirmação de que a segurança coletiva e os direitos individuais sofrem ameaça maior no contexto de um governo arbitrário do que em razão das atividades terroristas) são geralmente os mesmos que desejam despir os suspeitos de terrorismo dos direitos a um julgamento justo e imparcial e à integridade física.

³⁴ *Perceived threats to democracy: an examination of a political affiliation and beliefs about terrorism, state control and human rights*. Analyses of Social Issues and Public Policy, volume 5, nº 1, Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2005

A pesquisa apurou que 41,6% (quarenta e um vírgula seis por cento) dos entrevistados foi considerado como opositor às políticas de controle indeterminado e rejeitou o emprego de meios extremos no combate ao terrorismo. Por outro lado, 58,4% (cinquenta e oito por cento) dos entrevistados concordava com medidas estatais de controle sobre estrangeiros (negativa de asilo político, simplificação do procedimento de extradição, controle das fronteiras e uso de pressão psicológica durante os interrogatórios) e mesmo favorável à adoção de medidas de policiamento geral e intensivo, como o re-estabelecimento da pena capital, a supressão de direitos judiciais dos suspeitos de terrorismo e a maior aceitação de vigilância e monitoramento das atividades cotidianas dos cidadãos.

Por fim, os dados apurados na pesquisa orientam para uma séria reflexão acerca de uma tendência da sociedade grega de proteger-se do terrorismo por meios que, normalmente, conduzem à “terrorização” da própria sociedade, como a tendência a legitimar violação de direitos humanos sob o pretexto de combater o terrorismo.

3.2.2

Sociedade de risco e globalização

Klaus Günther³⁵ sustenta que a globalização evidenciou o colapso do modelo do *Welfare State* nas democracias ocidentais desenvolvidas, seja porque ele somente operava dentro do paradigma de Estado nacional (em que o processo de interdependência dos Estados era infinitamente menor), seja porque se verificou uma crise gerencial em virtude de uma economia global incompatível com a noção de aldeia global.

O novo modelo de Estado foi apontado por Philip Bobitt, como *Market-State*, porquanto suas finalidades são expandir e criar oportunidades que sejam aproveitadas, pelos membros da comunidade, dependendo, para isso, dos mercados internacionais de capitais, as redes de multinacionais e a criação de uma estabilidade na economia global.

Por conseguinte, o conceito de liberdade é alterado, passando a ser entendido como, basicamente, a liberdade de consumo. Logo, as intervenções do

³⁵ GÜNTHER, Klaus: *World citizens between freedom and security*. Constellations, volume 12, nº 3, Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2005.

Estado que obrigam a uma redistribuição de bens e limitam a liberdade de opção de consumo (tirando recursos dos cidadãos) são consideradas ilegítimas; as leis passam a ser avaliadas como boas ou ruins conforme diminuem ou aumentam os custos de consumo e transação. O Estado-mercado deve abdicar de tarefas assumidas pelo Estado de bem-estar e os meios, para isso são a desregulamentação e a privatização.

Os efeitos colaterais dessa liberdade de consumo podem ser percebidos, como um crescente individualismo, a dissolução de redes e tradições sociais, maiores riscos de fracasso na competição econômica, transformando o indivíduo num derrotado da globalização. A própria evolução tecnológica que caracteriza esse processo retira do mercado de trabalho e conduz à informalidade e, portanto, à marginalidade (quando não à criminalidade) grande parcela da população, sobretudo nas economias periféricas. Esses indivíduos “*são imediatamente percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais*”³⁶.

Nesse contexto é que se desenvolve um medo crescente do crime, da multiplicidade de pessoas excluídas do processo de comercialização de seu poder de trabalho e de todos aqueles que desejam “ilegitimamente” se beneficiam desse espaço de liberdade sem contribuírem economicamente³⁷.

O Estado assume, portanto, a tarefa de garantir segurança aos integrados ao mercado de consumo. Aponta Günther que as reformas econômicas realizadas nos EUA (por Ronald Reagan) e na Inglaterra (por Margaret Thatcher) foram acompanhadas de um recrudescimento massivo na legislação de Direito Penal e Processual Penal.

Assim, o Estado de segurança é o outro lado da moeda do Estado-mercado, ao passo que a nova arquitetura transnacional de segurança é o lado reverso de uma sociedade global e desregulamentada. O novo conceito de liberdade ocidental transforma os postulados de direitos humanos e democracia

³⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva: *A expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002, p. 29.

³⁷ “Curiosamente, essa mesma sociedade que pleiteia ‘menos Estado’, na ordem econômica e social, exige, paradoxalmente, ‘mais Estado’ para conter a violência criminal. Essa é mais uma manifestação cultural desse medo generalizado, ou seja, busca-se proteção no rigor punitivo estatal. Essa violência criminal, associada ao panorama político-global de enfraquecimento dos Estado-nação e aliada a uma democracia ‘de fachada’, é nosso pano de fundo para verificar o quanto estamos distantes da cidadania plena e o quanto esse distanciamento reflete-se culturalmente através do medo” (PASTANA, Débora Regina: *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003, p. 46).

em liberdade de consumo e de mercado e tenta implementá-los por meio da liberalização do comércio mundial e as medidas adotadas pela arquitetura transnacional de segurança visam a defender este *way-of-life*.

Por arquitetura transnacional de segurança entende-se uma série de previsões normativas, tanto no âmbito dos Estados nacionais, como no âmbito supranacional, estabelecendo uma “zona de segurança” caracterizada pela expansão dos poderes do Estado em campos como direito criminal, poder de polícia, serviços secretos e atividades militares em níveis extremamente altos.

A expansão do direito criminal, por exemplo, chega a ponto de violar direitos e garantias legalmente estabelecidos. Aqui, quanto maior o nível de organização dos criminosos, maiores os poderes postos à disposição dos Estados e menor o grau de justiça (*fairness*) exigido nos procedimentos utilizados na investigação/prevenção desse tipo de crime, numa afirmação das práticas que Günther Jacobs relacionou como caracterizadoras do “Direito Penal do Inimigo”.

Em outras palavras, a segurança é “comercializada” seja internamente (com a crescente privatização de serviços) ou externamente (como largamente utilizado pelos Estados Unidos no Iraque, mediante a contratação de agências privadas de segurança), transformando a segurança num “*scarce and costly good that only some can afford. It is unequally distributed*”³⁸. Para Klaus Günther, a única diferença entre as agências públicas e privadas é o tipo de retorno, nestas financeiro, naquelas político.

Afasta-se, portanto, o paralelo com a concepção Hobbesiana de Estado em que a segurança é o fundamento da legitimidade do Estado e sua função precípua. A segurança, apesar de priorizada pelo Estado, é realizada sob a forma privada e sujeita às lógicas mercadológicas e comerciais³⁹.

Os efeitos dessa nova arquitetura sobre o direito são tremendos: em primeiro, a mudança de uma atitude reativa do Estado sobre fatos concretos para uma postura preventiva que busca antecipar riscos e atacar potenciais criminosos antes que ajam; em segundo, há a dissolução de categorias legais e, conseqüentemente, jurisdições, responsabilidades, deveres e obrigações por

³⁸ GÜNTHER, Klaus: *World citizens between freedom and security*. Constellations, volume 12, nº 3, Oxford: Blackwell Publishing LTD., 2005.

³⁹ “O que se observa hoje é uma verdadeira cultura do medo, na qual a busca pela proteção contra o crime torna-se, ao mesmo tempo, obsessão e produto” (PASTANA, Débora Regina: *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003, p. 66)

possíveis violações, e ainda as formas de supervisão e controle jurisdicional sobre determinadas ações. O exemplo escolhido pelo autor para ilustrar essa dissolução de parâmetros legais é a situação dos prisioneiros mantidos em Guantánamo.

Klaus Günther aponta que o discurso de segurança tem obtido aceitação pelas populações nacionais, mesmo atingido profundamente direitos humanos fundamentais. Isto ocorre porque o direito de segurança opera com promessa de proteção dos “bons” cidadãos contra os “maus”, assim considerados os que participam de redes criminosas ou terroristas.

Logo, os apoiadores do discurso de “guerra ao terrorismo” não precisam se imaginar como destinatários das leis ou possíveis afetados por seus efeitos, já que não se enquadram nesses grupos. Assim, permitem “potenciais” (e, em tese, distantes) ameaças às suas liberdades individuais como custo válido para evitar uma “real” ameaça representada por essas “ovelhas negras”, com o que estariam aumentando seu espaço de “liberdade com segurança”.

Para Klaus Günther, essa visão conflita com postulados básicos do Estado de direito e da democracia. A igualdade perante a lei pressupõe que não se coloque ninguém sob determinadas obrigações legais sob as quais não seremos colocados. Considerando-se não o aspecto meramente formal, mas sua efetiva aplicação, depois de levantado o “véu da ignorância”.

Por sua vez, o princípio democrático é afetado na medida em que a lei se transforma num instrumento de controle de maioria sobre uma minoria, assim entendida aquela parcela que se transformará no alvo das ações preventivas (estrangeiros, comunistas, árabes, judeus, moradores de favelas ou das periferias, negros, desocupados, trabalhadores rurais sem terra e toda sorte de grupos marginalizados) pelo “risco que representam” e não por atos que praticaram.

Por outro lado, a incerteza característica dessa nova percepção da realidade social também se projeta na criminalização de condutas que não estejam ligadas diretamente a um resultado, bastando a criação de um risco ou perigo, mesmo que abstrato. Trata-se do princípio da prevenção, também chamado de princípio da precaução, que orienta para a punição de condutas tenham elas causado, ou não, dano a um bem jurídico protegido. O objeto de proteção deixa, pois de ser um bem jurídico (vida, propriedade, integridade física, patrimônio etc.) para ser a própria norma.

Veja-se que o processo de criminalização da insegurança (típica de uma sociedade de riscos em que se verificam processos) deixa de afetar somente a política criminal para atuar diretamente sobre a teoria penal, mediante a criminalização de comportamentos que não afetam bens jurídicos.

Com efeito, o conceito de bem jurídico desempenha papel fundamental na teoria penal porque somente sua afetação caracteriza fonte de legitimação para o exercício da violência estatal. Normalmente, comportamentos que não atinjam bens jurídicos são considerados indiferentes penais; porém, sob o argumento de que se vive em uma nova sociedade que se equilibra no risco, a criminalização de condutas tem sido antecipada para o momento anterior à lesão do bem jurídico.

Essa antecipação do direito penal pretende impedir danos irremediáveis e de significativa gravidade, constituindo uma barreira de proteção que evita a futura lesão de bens jurídicos. Assim, comportamentos que coloquem em perigo um determinado bem jurídico já são passíveis de punição criminal.

A teoria penal abandona a postura de repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos e assume como função a prevenção em larga escala de situações potencialmente perigosas. Na sociedade de risco, a palavra chave do direito penal deixa de ser “dano” e passa a ser “perigo”.

Outrossim, os efeitos dessa mudança na teoria do direito penal são evidentes, sendo os mais claros deles: a) a enorme facilidade de imputações proporcionada pela estrutura dos tipos penais como tipos de perigo; e o resultado disso é a possibilidade de fazer recair sobre um número maior de indivíduos o controle penal, sem a necessidade de demonstração de um dano efetivo a um bem jurídico constitucionalmente relevante; e, b) a caracterização do direito penal como um “direito penal de fidelidade à norma”, semelhante ao construído pelos teóricos alemães do nacional socialismo que permitiu o surgimento da ideologia nazista.

Embora o aumento do controle do Estado sobre os cidadãos não se inicie com os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001⁴⁰, ele ganha maior visibilidade e se agudiza a partir daquele momento.

⁴⁰ Ao longo do texto serão referidos autores que trabalharam esse tema nos Estados Unidos, América Latina e Europa. Especialmente no caso do Brasil, o tema foi aprofundado por Fauzi Hassan Choukr, na obra *Direito Penal de Emergência* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002). Apenas a título de exemplo das origens do recrudescimento da legislação penal sob o signo da emergência na Alemanha, transcrevemos o seguinte trecho: “Just one day after the attacks of

Já há alguns anos imperam os discursos de terrorismo estatal e supercriminalização que, se por um lado não se prestam a resolver as tensões sociais do mundo contemporâneo, por outro, agravam ainda mais o sentimento de insegurança em que já se vive.

O movimento político-social associado aos discursos de aumento do poder estatal e diminuição de garantias individuais é chamado de “Campanhas de Lei e Ordem”⁴¹ e está associado a uma legislação de exceção e a uma interpretação constitucional sensível à adoção de medidas extraordinárias, voltadas para uma suposta necessidade de resposta a fenômenos emergenciais (propalado aumento descontrolado de criminalidade).

Sobretudo nos Estados Unidos, cuja constituição está firmemente ancorada nos princípios liberais e na figura do Estado *gendarme*, a mudança do paradigma dos ideais constitucionais é assustadora. O *USA Patriot Act*, concebido, votado e aprovado em menos de dois meses após o ataque terrorista – expressando perfeitamente o conceito de legislação de emergência⁴² –, trouxe uma

September 11, 2001, the German minister of the interior, Otto Schily (SPD), demanded a new security concept. Immediately the existing security laws and precautions were placed under special scrutiny in search for any sorts of deficiencies. The results of these reviews were two legislative initiatives, termed ‘security packages’ or ‘anti-terror packages’ which changed or altered numerous existing statutes. The new security laws contain a number of infringements into fundamental civil rights and liberties. The legislative process thus had to raise the issue of the relationship between security and civil liberties and weigh the balance between the protection of individual rights and collective security. This, however, does not constitute a new challenge for the German legislature. The collision of security interests with individual civil liberties has caused a legal problem in Germany for some time. September 11 might constitute a political watershed, but in the context of civil liberties in Germany, this date does not represent an important mark. The current measures have to be understood within the context of an at least thirty-year-long period of continuous weighing between security and freedom.” (LEPSIUS, Oliver: *Liberty, Security, and Terrorism: The Legal Position in Germany*. German Law Review, Volume 5, nº 5, Disponível em <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=422>>. Acesso em 15 de março de 2005.

⁴¹ “Campanhas de lei e ordem. Por seu intermédio, canaliza-se um sentimento de insegurança cidadã, quando o poder das agências é ameaçado (cortes orçamentários, mudanças de jurisdição operacional), ou quando se aproxima alguma ruptura institucional e se procura gerar a necessidade de ‘ordem e segurança’, qualidades que se auto-atribuem os regimes com vocação totalitária, pelo simples expediente do desaparecimento das notícias (Zaffaroni, 1989: 133)” (...) “Certamente o temor nem sempre se funda em fatos concretos, mas antes em uma percepção subjetiva de uma possível ameaça, que se vê fomentada, muitas vezes, através de campanhas orquestradas pelos meios de comunicação. Isso não é gratuito nem casual, pois o temor, além de aparecer como conseqüência social do delito, converte-se em um precipitador coletivo facilmente manipulável e eu um importante fator econômico que gera gastos em prevenção e segurança em pessoas, empresas, instituições e no próprio Estado, que também é atingido pelos efeitos desse medo” (CERVINI, Raul: *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 86 e 89, respectivamente).

⁴² “Apenas um senador, Russell Feingold (Democrata-Wisconsin) se recusou a votar a favor do documento de mais de 200 páginas, com 1015 seções, somente entregue aos congressistas 2 dias antes da votação. Feingold contestou a lei precisamente por causa da pressa com a qual a administração introduziu seu projeto” (MADARASZ, Norman: *O Estado de exceção e de*

completa modificação no sistema penal e processual penal estadunidense, que perdura até os dias atuais.

Os exemplos são os mais variados possíveis e vão desde a banalização da prisão como método de investigação⁴³, passando por uma definição extremamente vaga e aberta do crime de terrorismo até a possibilidade de que o Estado promova buscas em residências sem qualquer comunicação ao investigado (nem mesmo depois de terminada a investigação) e chegando aos extremos de proibição de que presos tenham acesso privado aos seus advogados e pela criação de tribunais militares secretos especialmente para julgar indivíduos suspeitos de participarem de atividades terroristas (neste último caso, retirando os cidadãos estadunidenses da “jurisdição” do tribunal)⁴⁴.

Ninguém pode olvidar o clima de histeria que se abateu sobre uma nação que é, efetivamente, a mais poderosa do planeta em termos militares ao se ver atingida por um ataque de tamanha magnitude⁴⁵. Não obstante, é absolutamente pertinente a observação de Ronald Dworkin de que o governo não pode guiar-se pela emoção, pois o que se perde é um bem de difícil recuperação⁴⁶.

A mesma preocupação se evidencia em texto de Bruce Ackerman⁴⁷, publicado em abril de 2004.

segurança. Aula inaugural dos Programas de Pós- Graduação em Direito e em Filosofia proferida no dia 29 de março de 2005, na Universidade Gama Filho. Mimeo).

⁴³ “Nas semanas seguintes aos ataques de 11 de setembro, duas mil pessoas, em sua quase totalidade muçulmanos ou originários do Oriente Médio e do Paquistão, foram detidas sem razão, sem habeas corpus, sem acesso a um advogado, até mesmo sem que seus familiares fossem informados de seu paradeiro” (MADARASZ, Norman: *O Estado de exceção e de segurança*. Aula inaugural dos Programas de Pós- Graduação em Direito e em Filosofia proferida no dia 29 de março de 2005, na Universidade Gama Filho. Mimeo).

⁴⁴ DWORKIN, Ronald: *The Threat to Patriotism*. The New York Review, 28 de fevereiro de 2002.

⁴⁵ “El ataque inusitado contra el símbolo del poder del capital financiero internacional, Nueva York, y la capital política del mundo, Washington DC, desató una conmoción y una paranoia pocas veces vista antes desde el final de la Guerra Fría. No porque no se hayan visto catástrofes o tragedias peores, sino porque esta vez, por primera vez desde la Segunda Guerra Mundial, afectó a los civilizados y poderosos, y a los más civilizados y poderosos de todos, los norteamericanos. Las imágenes transmitidas por la televisión en directo fueron, en efecto, terribles, parecidas a las fantasías de cientos de películas de Hollywood, en que siniestros malvados terroristas o extraterrestres amenazaban destruir el mundo, o lo que es igual, a los Estados Unidos. Solo que esta vez los héroes de la CIA o el FBI no lograron parar la agresión, ni siquiera detectar-la. El Presidente George W. Bush estuvo muy lejos de pilotear las naves del contraataque, como en el film ‘El día de la Independencia’” (VIANO, Emilio: *Medidas extraordinarias para tiempos extraordinarios: política criminal tras el 11.09.2001*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 52, São Paulo: RT, 2005, p. 287).

⁴⁶ “What we lose now, in our commitment to civil rights and fair play, may be much harder later to regain” (DWORKIN, Ronald: *The Threat to Patriotism*. The New York Review, 28 de fevereiro de 2002).

⁴⁷ ACKERMAN, Bruce: *The Emergency Constitution*. Yale Law Journal. Volume 113, Issue 5, 2004.

Ackerman revela que nem as leis de guerra e menos ainda as leis criminais são apropriadas para lidar com a ameaça terrorista e afirma, sobretudo, que a legislação de emergência tem como finalidade a reafirmação da soberania estatal (*reassurance function*) e a tranquilização da população, justamente a razão pela qual não pode esse tipo de legislação perpetuar-se, sob pena de haver uma naturalização da opressão⁴⁸. Tais medidas legislativas representam uma exceção ao Estado de direito que, uma vez naturalizadas, dão lugar a um Estado de exceção⁴⁹.

A assunção do novo paradigma de segurança pelos Estados Unidos da América afeta todo o mundo, seja porque na condição de Estado mais poderoso em termos militares os EUA submetem outros países às suas novas exigências (inclusive declarando guerras expressamente desautorizadas pela ONU), seja porque influenciam culturalmente e economicamente no sentido de um emparelhamento ideológico (ações militares conjuntas, lobby para aprovação de legislações antiterrorismo, retaliações econômicas, embargos e toda espécie de constrangimento destinados a submeter os indivíduos à paranóia do controle total).

Para Keith Spence, Professor de Criminologia da Universidade de Leicester, Inglaterra, a guerra contra o terror desencadeada pelos EUA é sustentada por argumentos tipicamente ligados ao conceito de soberania e segurança nacional.

Spence também traça paralelos entre a guerra contra o terror (desencadeada em nome da paz) e o uso desenfreado de medidas de segurança (postas em uso em nome da liberdade), sustentando que as doutrinas de segurança nacional são a faceta doméstica da campanha global contra o terrorismo, incitando

⁴⁸ “The rhetoric of war does express the shattering affront to national sovereignty left in the aftermath of a successful terrorist attack. But when translated from politics to law, it threatens all of us with indefinite detention without the traditional safeguards developed over centuries of painful struggle” (ACKERMAN, Bruce: *The Emergency Constitution*. Yale Law Journal. Volume 113, Issue 5, 2004, p. 1033).

⁴⁹ “Diante do incessante avanço do que foi definido como uma ‘guerra civil mundial’, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo” (AGAMBEN, Giorgio: *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13).

uma condição de ansiedade e conformação na população institucionalizando (ou normalizando) o Estado de Emergência.

Na verdade, esse tipo de medidas adotadas pelo Estado na guerra contra o terror esconde uma iniciativa mais sutil e de efeito mais penetrante que é a institucionalização de uma psicologia e uma subjetividade que explora a lógica da segurança e do terror. Ao invés de aliviar o medo, o alarmismo desencadeado pela doutrina e segurança nacional reforça apenas a falsa impressão de sua necessidade, mediante o recurso a ameaças desconhecidas e imprevisíveis.

O terror insinua-se na estrutura da vida social e passa a fazer parte da vida cotidiana. Para Slavoj Žižek, citado por Spence, o estado de prontidão e medo é estimulado entre os cidadãos para que o governo americano possa capitalizar o sentimento de alívio que advém da não-realização da ameaça.

A transformação anunciada por Denninger, de substituição da liberdade pela segurança como ideal constitucional, representa a passagem de um Estado com postura reativa para um Estado de postura proativa, no qual a finalidade essencial deixa de ser a defesa da sociedade contra determinados perigos ou ameaças causados pelos indivíduos (mediante a investigação e punição de tais indivíduos) e passa a ser o controle para prevenir riscos potenciais, indefinidos e desconhecidos, interferindo diretamente na liberdade de todos aqueles que possam representar causas potenciais desses riscos (“indivíduos suspeitos”).

Mais uma vez é pertinente diferenciar a atuação governamental antecipada em matéria de direito ambiental (exigindo estudos de impacto ambiental antes de autorizar uma obra e proibindo o plantio de grãos geneticamente modificados), de direito previdenciário (regulamentando o funcionamento das instituições financeiras e criando estruturas, custeadas pela sociedade, de assistência social), de direito civil (criando limitações ao uso das tecnologias), campos em que a proteção à sociedade tem uma nítida relação de necessidade, adequação e proporcionalidade com a respectiva supressão da liberdade.

Já no campo do direito penal e processual penal, a mudança passa pela substituição completa do paradigma anterior, jogando por terra três séculos de árduas conquistas para limitar o arbítrio do Estado sobre os indivíduos.

Quando a liberdade do ser humano é o valor que funda e legitima o Estado, este somente estará autorizado a utilizar violência contra aqueles que

efetivamente lesionaram bens jurídicos relevantes (ou estavam na iminência de fazê-lo), deixando ilesos os demais cidadãos. Se, porém, a liberdade do indivíduo deixa de ser mais importante que a segurança do Estado, permite-se o exercício da violência estatal de forma aleatória sobre toda a coletividade (inocentes e culpados, todos passam à condição de suspeitos).

3.2.3

Protagonismo judicial em matéria penal

Já se afirmou acima que os ideais constitucionais correspondem ao fundamento de legitimidade do poder estatal. Ao eleger a tensão entre liberdade e segurança como objeto de estudo, deve-se buscar o sistema penal como principal alvo de reflexão, pois é no exercício do *ius puniendi* e no *ius persecuendi* que o poder estatal atua com mais violência sobre a liberdade individual.

A escolha do ideal de liberdade como fundamento do poder do Estado estrutura um sistema punitivo no qual a justificação da intervenção penal do Estado na liberdade individual está submetida a critérios de racionalidade e civilidade. O objetivo do Estado reside na criação e efetivação de normas de proteção dos direitos fundamentais do ser humano frente a qualquer forma de exercício arbitrário do poder.

Esse modelo de sistema punitivo é construído a partir de conjunto de princípios cujo objetivo é assegurar “*o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade*”⁵⁰, princípios esses que por sua vez são resultado de dois elementos constitutivos: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual.

Por convencionalismo penal entende-se a reserva absoluta de lei, representando a vinculação do legislador à taxatividade e à precisão empírica na formulação de regras que prescreverão as condutas puníveis. Trata-se, a bem da verdade, de um princípio que informa a técnica legislativa. Essas exigências visam afastar a tipificação de condutas penais que não estejam relacionadas a

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

fatos, mas a pessoas⁵¹ garantindo, outrossim, que os tipos penais descrevam taxativamente as ações que podem ser imputadas ao acusado.

Oposto a isso está o “direito penal do autor”, característico dos pensamentos nazista e fascista, mas também presentes na “guerra contra o terror”, uma vez que as suspeitas recaem sempre sobre membros de determinados grupos raciais, religiosos e étnicos, denotando seu caráter preconceituoso e soterrando as garantias mínimas necessárias para limitar a punitividade do poder público, representadas pelos direitos humanos, outrora centrais na legitimação do Estado e do direito⁵².

A construção do tipo penal prescinde de qualquer componente extralegal, isto é, o crime não decorre de uma convenção moral, mas jurídica. A garantia de que a relevância penal não é determinada pela natureza, pela moral ou por qualquer outra espécie de autoridade que não a lei é uma das principais conquistas do direito penal durante a modernidade.

Em oposição ao convencionalismo penal está o substancialismo penal, representado pela “*desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados*”⁵³ e significa a previsão de condutas puníveis de modo indeterminado e valorativo, associando direito e moral e permitindo discriminações fundadas nas características pessoais e esvaziando o princípio da estrita legalidade. Nesse modelo, os elementos relativos à definição das condutas puníveis e à comprovação judicial dessas condutas são inquisitivos ou autoritários.

Como consequência dessa mudança de foco, não se pune o agente conforme sua culpabilidade, mas pela periculosidade. Logo, não há que se falar em proporcionalidade entre o dano causado e a resposta penal, sendo o direito penal “de segurança” orientado pelo princípio da “excessividade”:

⁵¹ “Como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os ‘desocupados’ e os ‘vagabundos’, os *‘propensos a delinquir’*”. (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 31).

⁵² “Así que las consecuencias mayores de los acontecimientos del 11 de septiembre 2001 y su impacto sobre la criminología y el derecho penal se refieren a la disminución de la importancia y centralidad de los derechos humanos, constitucionales y processales y al crecimiento de la preocupación y enfoque sobre la seguridad del Estado y del ciudadano que legitima la violencia estatal y el abuso del Poder Ejecutivo” (VIANO, Emilio: *Medidas extraordinarias para tiempos extraordinarios: política criminal tras el 11.09.2001*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 52, São Paulo: RT, 2005, p. 292).

⁵³ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 35.

“The principle of a preventive state which focuses one-sidedly on security, in contrast, is excessiveness in the dual sense of ‘lacking in standards’ and of achieving ‘more and more’ and ‘better and better’ results”⁵⁴.

O substancialismo penal, nesse ponto, se assemelha ao “Direito Penal do Inimigo”⁵⁵:

“Características do Direito penal do inimigo: a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade”⁵⁶.

“Suas principais bandeiras são: a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; c) aumento desproporcional de penas; d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); e) endurecimento sem causa da execução penal; f) exagerada antecipação da tutela penal; g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); j) infiltração de agentes policiais; l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a

⁵⁴ DENNINGER, Erhard: *Freedom versus security*. Disponível em: <<http://www.goethe.de/kug/ges/rch/thm/em163802.htm>>. Acesso: 15 de março de 2005.

⁵⁵ Cf. JACKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003 e também CANCIO MELIÁ, Manuel: “*Derecho Penal*” del enemigo y delitos de terrorismo – *Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo em el Código Penal español de la LO 7/2000*. Revista Ibero-americana de Ciências Penais, Número 5, Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-americano de Ciências Penais, 2002.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio: *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <http://www.ultimainstancia.com.br/noticias/ler_noticia.php?idNoticia=5232>. Acesso em: 15 de março de 2005.

lei); m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.)”⁵⁷.

Em matéria processual penal, o sistema punitivo construído a partir do ideal de liberdade está representado pelo cognitivismo processual, ou seja, um princípio que determina que a hipótese acusatória deve ser passível de verificação e de exposição à refutação para que seja convalidada se, e apenas se, for apoiada em provas.

Somente pode haver imposição de pena em virtude de um fato determinado, descrito e reconhecido pela lei como delituoso, fato esse capaz de ser concretamente submetido à comprovação, permitindo a produção de provas e contra-provas. Assim, ao contrário dos juízos valorativos, os juízos penais devem ser predominantemente cognitivos e estarem baseados em elementos que afirmem ou neguem fatos ou direitos.

O contraponto ao cognitivismo processual é o decisionismo processual, representado pela subjetividade do juízo, em que há “ausência de referências fáticas determinadas com exatidão [e a decisão judicial] resulta mais de valorações, diagnósticos e suspeitas subjetivas do que de provas de fato”⁵⁸. O decisionismo processual perverte o processo penal para transformá-lo numa análise da personalidade do agente, ao invés de ser um conjunto de procedimentos para buscar a comprovação de fatos objetivos.

Já o “direito processual penal do inimigo” é justamente a ausência de “direito”. O criminoso que for considerado inimigo (autor de infrações tachadas como perigosas) deixa de merecer a proteção do Estado ficando em “guerra” com esse Estado; logo, afasta-se o devido processo legal e o controle judicial da atuação do estado sobre a liberdade em favor de um procedimento de guerra⁵⁹.

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio: *Críticas à tese do direito penal do inimigo*. Disponível em: <http://www.ultimainstancia.com.br/noticias/ler_noticia.php?idNoticia=5504>. Acesso em: 15 de março de 2005.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002., p. 36.

⁵⁹ “Erosion of the guarantee to individual legal protection: A fundamental principle of constitutional law, enshrined in Article 19 Paragraph 4 of the Basic Law as an individual right, guarantees the judicial control of intervention measures upon application by the person concerned. In an age of the prevention of terrorism and other organised crime, this individual guarantee of legal protection, which used to be celebrated as a ‘keystone’ in the ‘vault of the constitutional state’ (R. Thoma, 1951) and recognised in court decisions as the ‘fundamental standard for the entire legal order’ for its ‘outstanding significance’ (Federal Constitutional Ruling 58, 1, 40; 1981), is being eroded in a number of ways” (DENNINGER, Erhard: *Freedom versus security*. Disponível em: <<http://www.goethe.de/kug/ges/rch/thm/em163802.htm>>).

Contudo, a violência e o “terrorismo” têm por característica o fato de serem imprevisíveis e incontroláveis; não diferenciam entre civis e agentes do Estado e o uso de um discurso específico (vocabulário do perigo, da catástrofe, do medo). A reação ao crime, contraditoriamente (ou não) segue esse mesmo padrão, na medida em que o inimigo é identificado como base em previsões e elucubrações de eventos futuros ao invés de intenções demonstráveis, ações e capacidades (portanto, com igual imprevisibilidade, com grande margem de erro na diferenciação e com base no mesmo discurso do medo).

Um dos focos dessa divergência entre o sistema punitivo calcado na liberdade e aquele baseado na segurança está na diferença no tipo de “verdade jurídica” que se pretende alcançar⁶⁰: enquanto o primeiro afirma que somente se pode pretender estabelecer uma verdade formal o segundo busca a verdade substancial, ou seja, alcançar, em matéria penal, uma verdade “absoluta”, “unívoca”, “objetiva”, cuja busca, por suas próprias características, admite a utilização de quaisquer meios aptos para que seja alcançada, ultrapassando os limites das regras procedimentais, fazendo com que os fins justifiquem os meios⁶¹.

Por sua vez, um sistema punitivo estruturado num Estado cujo ideal constitucional é a liberdade somente admite uma condenação que tenha por base a

⁶⁰ “Em um Estado de Direito, o interesse de adequação material da sentença deve ser ponderado com o interesse de proteção dos direitos fundamentais do imputado e demais participantes. É tarefa, pois, do direito processual penal definir instrumentos para deter e regular a busca da verdade, de tal forma a atenuar os riscos inerentes ao desequilíbrio de poderes entre a e cidadão, acusador e acusado. (...) Assim, pode-se afirmar que a meta do direito processual penal não é a averiguação da verdade material, mas a obtenção formalizada da verdade. A convicção do juiz não corresponde à verdade material, mas à verdade obtida por via formalizada, à verdade forense sendo a esta que se orienta a compreensão do procedimento”. (DIAS NETO, Theodomiro: *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, n° 5. São Paulo, 1997, p. 181).

⁶¹ Essa característica é sublinhada por Denninger na seguinte passagem: “The ongoing discussion about the most suitable forms and instruments for combating ‘organized crime’ illuminates the general process within the sphere of internal security: the time-honored system of criminal procedure, originally conceived as a protection for citizens and as an assurance of their right to fair, rule of law-based treatment, as well as a way of buttressing the ‘search for truth’ in order to clap up crimes, is presently being converted into as efficient as possible a weapon in the ‘fight against criminality’. There are now criminal searches, undercover agents (government officials, outfitted with fake names and Ids, who infiltrate criminal organizations), both minor and major wiretapping, as well as the break-up of proto-criminal structures in ‘anticipation’ of the ‘beginnings of suspicion’ of a crime, to name just a few of the key trends pointing to the end of the ‘classical’ liberal system of legal security. This has to be acknowledged as the face of the ‘preventive state’ if one wants to provide a reasonable account of the situation at hand” (DENNINGER, Erhard: “*Security, Diversity, Solidarity*” instead of “*Freedom, Equality, Fraternity*”. *Constellations*, Volume 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 515).

verdade processual, construída a partir da observância de regras determinadas e referentes aos fatos que tenham relevância penal.

A função do Poder Judiciário é assegurar que a decisão que restringe a liberdade individual esteja baseada somente na verdade processual, excluindo da sua motivação qualquer espécie de valoração baseada em outra modalidade de conhecimento, limitando o arbítrio punitivo, assegurando a racionalidade do juízo e destituindo-o, o mais possível, de juízos valorativos e subjetivos.

De outro lado, verifica-se que o discurso do medo e da necessidade de combate ao crime é dirigida ao Poder Judiciário na forma de exigência de uma postura menos garantista e mais condenatória. Propugna-se que, em determinadas situações, sejam afastadas garantias constitucionais cujo reconhecimento e aplicação no caso concreto constituam empecilhos à desejada punição.

Se é verdade que nem o maior sofista jurídico poderia legitimar o contorcionismo necessário para negar vigência aos direitos e garantias fundamentais inscritos no art. 5º da Constituição (considerados cláusulas pétreas, ou compromissos irrenunciáveis da sociedade brasileira), é fácil perceber a instrumentalização do ideário teórico pós-positivista para a realização dessa finalidade.

Por meio do recurso à ponderação ou à razoabilidade, constroem-se discursos em que se nega a existência de direitos absolutos e, portanto, a possibilidade de que as garantias individuais sejam parcialmente afastadas (ou, melhor dizendo, totalmente afastadas, porém em situações parciais, ou em determinados casos envolvendo indivíduos aos quais se pretende negar tais direitos) a fim de que não se impeça a concretização do direito penal.

Polariza-se a discussão entre a eficiência (entendida a inexorável aplicação do direito penal a todos os casos em que houver violação da norma) e a formalidade (considerada como interpretação dogmática do direito, dissociada do interesse público).

Ora, é fácil perceber que o que se opera é a verdadeira transformação do Poder Judiciário em agência executiva do governo. Eficiência do Poder Judiciário deixa de ser a pronta e corajosa proteção do indivíduo de qualquer violação de seus direitos pelo Estado e se transforma na total retirada da proteção do Estado das garantias individuais.

Como se viu, esse fenômeno sócio-jurídico está relacionado à assunção, pelo Poder Judiciário, de responsabilidades do Estado que caberiam aos Poderes Legislativo e Executivo desempenharem⁶². Como se disse anteriormente, trata-se de uma atuação política com preocupações morais e com a pretensão de distribuir justiça social por meio das decisões judiciais.

Essa atuação jurisdicional mais “engajada” é consequência do rechaço ao culto do formalismo que marcou o positivismo normativista. Todavia, traz consigo riscos e temores de que argumentos morais ou interesses políticos prevaleçam sobre o direito, numa “*explosión subjetivista de la interpretación*”⁶³.

Justamente porque esse fenômeno decorre de uma nova do Poder Judiciário, defendida pelas teorias jurídicas pós-positivistas do direito como meio de resgatar uma conexão entre o direito e a ética, a reflexão acerca da justificação e dos limites dessa atuação constitui um dos aspectos mais relevantes do atual debate brasileiro sobre direitos fundamentais.

Com efeito, é preciso construir critérios para a prevalência dos direitos fundamentais e, em especial, das liberdades individuais, sobre o interesse público repressivo, em matéria de direito penal e processual penal, estabelecendo uma *reserva de ponderação* dessas garantias quando da realização de uma ponderação.

Esses limites devem ser estabelecidos a partir de uma construção racional, fundada nas premissas já expostas nos capítulos antecedentes. Essa proteção, consubstanciada na *reserva de ponderação* está diretamente ligada à leitura política da legitimidade do poder estatal a partir da tutela dos direitos fundamentais e à estruturação de um sistema jurídico no qual o exercício de poder por parte do Estado é avaliado em função das tensões existentes entre vigência, efetividade e validade da norma.

A visão política que se coaduna com *reserva de ponderação* é denominada de heterojustificação ou heteropoiesis oposta à autojustificação ou autopoiesis do Estado (esta última significando que o Estado é um valor em si

⁶² “Cabe destacar, no obstante, que el empleo de la denominación *protagonismo judicial* conviene reservarla a un tipo de comportamiento de los jueces quienes, sin apartarse del marco de un Estado de derecho ha asumido una resonancia particular a causa de ciertas falencias que se producen en el entero sistema político dentro del cual los magistrados deben actuar” (BERGALLI, Roberto: *Protagonismo judicial y representatividad política*. DOXA. Cadernos de filosofia do direito nº 15-16, Alicante: Universidade de Alicante, 1994, p. 424).

⁶³ BERGALLI, Roberto: *Protagonismo judicial y representatividad política*. DOXA. Cadernos de filosofia do direito nº 15-16, Alicante: Universidade de Alicante, 1994, p. 428.

mesmo, ou possui um valor intrínseco⁶⁴). Enquanto a heterojustificação é identificada com a separação entre direito e moral, com a legitimação externa do direito e com um modelo penal garantista, a autojustificação do Estado representa a confusão entre direito e moral, a legitimação interna do direito e um modelo penal autoritário⁶⁵.

Não obstante algumas doutrinas heteropoiéticas afirmarem a existência de direitos pré-estatais (desde as vertentes metafísicas, passando pelas racionais naturalistas, ou ainda as que advogam direitos fundados numa determinada concepção de humanidade), tanto a teoria habermasiana como o garantismo atuam justamente como doutrinas de legitimação externa do Estado, portanto erigido sobre os direitos fundamentais do cidadão e não sobre uma concepção ética.

Logo, os poderes do Estado não são considerados justos em razão de quem (o povo, o monarca etc.) detém esses direitos, mas sim em função de como, quando e por que esses poderes são exercidos.

Por sua vez, a organização de um sistema punitivo sob a égide do garantismo e do Estado de direito obriga ao controle de validade da norma para examinar sua correspondência com o fundamento de legitimidade do Estado e do direito. Deve-se exercer a crítica do direito vigente sob dúplice aspecto: externo (ou político) e interno (ou jurídico), tendo sempre em conta a distinção que há entre vigência, validade e efetividade, diferenças que são essenciais para compreender a estrutura normativa do Estado de direito.

A distinção entre validade e efetividade se revela a partir da contraposição entre o arcabouço teórico desenhado na Constituição e a prática das

⁶⁴ “Para as doutrinas autopoiéticas, o Estado é um fim, e encarna valores ético-políticos de característica supra-social e supra-individual cuja conservação e reforço para o direito e os direitos não de ser funcionalizados. Para as doutrinas heteropoiéticas, ao invés, o Estado é um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola. (...) As mais nefastas [correntes de pensamento autopoiéticas], por sua enorme influência exercida na história da cultura política, foram seguramente as doutrinas idealistas, nas múltiplas visões do juspositivismo ético-liberal-nacionalista, fascista e stalinista – de várias formas resultantes da doutrina hegeliana do ‘Estado ético’. Estas ideologias assumem o princípio da legalidade não somente como princípio jurídico interno, mas também como princípio axiológico externo, sobrepondo à legitimidade política a legalidade jurídica e conferindo às leis valor, e não apenas validade ou vigor, unicamente com base no valor associado *a priori* à sua forma, ou pior, à sua fonte (o soberano, a assembléia ou o ditador, ou o partido, ou o povo ou similares)” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 706).

⁶⁵ “Esta face ética do direito e do Estado está na origem de todas as modernas perversões autoritárias: do fascismo, do stalinismo, mas, também, das tentações totalitárias que emergem recorrentemente, nos momentos de crise, nas democracias liberais” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 711).

instituições judiciais e administrativas. Ao examinar a realidade italiana, Ferrajoli demonstra serem divergentes o parâmetro de racionalidade presente na Constituição e aquele que caracteriza a prática da intervenção punitiva, seja na elaboração da legislação infraconstitucional, seja nas atuações jurisdicionais e policiaescas.

Ora, o uso da ponderação se presta justamente para atuar na redução da divergência entre a validade do modelo constitucional e a efetividade da aplicação concreta do direito. Nesse diapasão, afiguram-se dois caminhos possíveis à redução da divergência entre validade e efetividade:

- 1) a primeira é a opção regressiva, em que a redução da efetividade é buscada por meio de uma interpretação restritiva das normas de nível superior, para torná-las compatíveis com as de nível inferior;
- 2) a segunda opção, adequada à perspectiva garantista, é chamada de progressiva e representa, ao contrário, toda interpretação extensiva dos direitos fundamentais. O conceito de reserva de ponderação é compatível com a segunda opção.

Paradoxalmente, quanto maior for o esquema de proteções aos direitos e garantias, maior será o risco de alargamento da distância existente entre normatividade e efetividade. Salienta Ferrajoli que nos Estados absolutos não há esse risco porquanto nesse tipo de Estado não há deveres que vinculem o governo, ao passo que o Estado de direito convive, necessariamente, com essa realidade.

Não obstante a antinomia entre validade e efetividade seja um fenômeno estrutural do Estado de direito, há diferentes graus que vão desde a total inefetividade dos direitos fundamentais até a contenção dessa divergência numa margem estreita (a qual não poderá ser, porém, suprimida por completo).

Por sua vez, a distinção entre validade e vigência está voltada para os exames formal e substancial da norma. Não basta estar a norma expressa num texto legislativo promulgado com observância da forma e do procedimento legislativo para exigir do juiz sua aplicação, pois pode o magistrado considerá-la inválida se não atender aos requisitos substanciais (adequação da norma ao conteúdo das normas superiores).

Por conseguinte, para que um fato seja considerado crime, não basta o controle desenhado no princípio *nullum crimen sine lege* (mera legalidade) mas

também que haja um controle da validade realizado a partir do aspecto substancial desenhado pelas normas superiores (legalidade estrita)⁶⁶.

Todavia, se para realizar o controle formal da validade da norma basta examinar um fato empírico determinável (se tramitou corretamente, se foi aprovada em ambas as casas do Congresso, se foi sancionada ou vetada, se foi publicada no diário oficial etc.), o controle substancial da validade exige uma reflexão de outra natureza.

O juízo acerca da validade da norma revela-se, na realidade, um juízo de valor, pois ao invés de decidir sobre um fato deve o juiz decidir sobre um valor. Analisará se determinado conteúdo é compatível com os limites substanciais da norma superior, numa tarefa árdua e passível de constantes reformulações.

Entretanto, se, por um lado, o juízo de validade das leis é, como dito, um juízo de valor, permitindo, portanto, que o juiz acumule poderes que, conjugados, tem potencial de colocar em risco o Estado de direito, a democracia e as liberdades individuais, por outro lado, esse acréscimo de poderes ao juiz se justifica se estiver vinculado à defesa das minorias ou das partes mais frágeis numa relação jurídica.

Especificamente no campo do direito penal e processual penal, o garantismo aciona um “seguro” contra a ameaça de exacerbação da violência estatal que a hipertrofia do Judiciário representa: o juízo de validade da lei, que repercute sobre a garantia estrita do princípio da legalidade, pode ceder, mas somente ante o princípio da maximização da liberdade⁶⁷.

⁶⁶ Desse reconhecimento sobre a necessidade do exame de validade da lei decorre, ainda, segundo Ferrajoli, que outros postulados do positivismo dogmático (a saber: a coerência e a completude do sistema legal) caem por terra. Não obstante, o jurista não deve pretender sistematizar normas para que apresentem uma coerência e completude que não têm, “mas ao contrário, de explicar-lhes a incoerência e a não completude mediante juízos de invalidade sobre aquelas inferiores e correlativamente de não efetividade sobre aquelas superiores” (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 704). Essa incompletude, afirma Ferrajoli, decorre da inarredável imperfeição do garantismo. Porém, o garantismo, assim como a democracia, embora não seja passível de completa realização devido às aporias que contém, permite sua utilização como parâmetro de legitimação (ou de perda de legitimação) política. É justamente uma oposição à pretensão de perfeição, completude, e incondicionabilidade que caracteriza os regimes absolutos, onde a legitimação se limitava à fonte do poder, e não à sua legitimidade, seu conteúdo e sua aplicação prática.

⁶⁷ “Este princípio [da legalidade] foi definido anteriormente como uma regra semântica de linguagem legal que requer a possibilidade de verificação das teses judiciais e exclui que o juiz tenha, além de um poder de denotação e conotação, também um poder de disposição. Quando, porém, ilegitimamente tal poder é suscitado por causa de leis penais que derogam o princípio constitucional de estrita legalidade ou taxatividade, a ilegitimidade pode ser removida somente graças à atribuição, ao mesmo juiz, de um poder de reprovação sobre leis, que, por sua vez, exprimindo-se em juízos de valor, é um poder de disposição: e por isto, quanto menos um juiz é

3.3

Conclusões parciais

Desde meados da década de 1990 é possível identificar no cenário jurídico brasileiro um movimento de expansão do Poder Judiciário que se revela na intervenção direta do direito judicial (não do direito legislado) nas relações sócio-políticas nacionais.

Por um lado, esse protagonismo judicial revela a superação de um modelo jurisdicional formalista, identificado com a teoria positivista normativista. A crítica e a necessidade de superação do positivismo normativista são reveladas, no aspecto prático, pela abertura do Poder Judiciário à incorporação dos princípios jurídicos, mesmo aqueles não positivados, tendo como justificativa a aplicação do direito voltada à realização de justiça.

Nesse passo, certamente impulsionado pela mobilização político-social que se seguiu à promulgação de um novo pacto político para o país consubstanciado em uma Constituição preche de direitos e garantias, o Poder Judiciário vem abandonando posturas formalistas, legalistas e minimalistas. As atitudes limitadas, acanhadas ou passivas do Poder Judiciário foram substituídas por decisões muitas vezes polêmicas, mas que interferiam diretamente na organização sócio-política e econômica da sociedade brasileira.

vinculado pela lei à simples denotação e conotação dos fatos por ela previstos como crimes, tanto menos ele é vinculado à Constituição para sua aplicação, e tanto mais é autorizado a censurar nelas a invalidade. Esta aporia reveste, de forma geral, toda a estrutura garantista do Estado constitucional de direito. Sabemos mesmo que a técnica garantista consiste na inclusão de valores, sob a forma de limites ou deveres, nos níveis mais altos do ordenamento, donde excluí-los na forma de poderes nos níveis mais baixos. Mas, uma vez incorporados nos níveis mais altos, os valores tornam valoráveis os juízos de validade sobre as normas de nível mais baixo, que são afetadas aos órgãos judiciais de nível, por sua vez, mais baixo, respectivamente às normas que são chamados a aplicar. Se nos níveis mais altos não fossem incorporados valores, mas apenas o princípio formal que é válido além de vigente '*quod principi placuit*', o juízo de validade se reduziria a uma asserção empírica, verificável e certa sobre a fonte e os procedimentos previstos para o vigor da lei; e a valoração, em tal caso, teria livre ingresso, seja na linguagem das leis, não vinculada à estrita legalidade, como naquele dos juízos, não vinculados à estrita submissão à jurisdição e validamente investidos de poder de disposição na qualificação legal dos fatos, mas não também na censura das leis. Mas visto que o Estado de direito vincula o legislador penal à enumeração exaustiva das previsões legais, excluindo os juízos de valor dos níveis mais baixos para incorporá-los exclusivamente nos níveis mais altos, deve admitir paradoxalmente um poder de disposição ao juiz, senão na qualificação dos fatos como crimes, ao menos na qualificação como inválidas das leis que consentem a qualificação dispositiva dos fatos como crimes" (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 703).

No campo do direito processual penal essa discussão revela-se com particular clareza. A demanda social por segurança que deveria ser naturalmente dirigida ao Poder Executivo, responsável por todas as agências e instituições diretamente envolvidas no processo de controle social, é deslocada para a órbita do Poder Judiciário. Este, por sua vez, é instado a abandonar seu papel passivo de protetor dos direitos individuais para assumir postura ativa no “combate ao crime”. Esse movimento gera um grave desequilíbrio no sistema punitivo, reorientando o ideal constitucional de liberdade pelo valor segurança.

A mudança estrutural do sistema punitivo foi acelerada pela “nova ordem mundial” que se seguiu aos atentados terroristas sofridos pelos Estados Unidos no ano de 2001. Seja no plano interno (com uma legislação extremamente restritiva em termos de liberdades civis) como na política externa (com campanhas militares internacionais sem o respaldo da ONU), os Estados Unidos transformaram a segurança em ideal político fundamental.

Não obstante, a reorientação (e conseqüente involução) do sistema punitivo já se fazia presente em todo o mundo, sob a roupagem da “emergência” ou da “exceção”, fenômeno que insinua a incapacidade de lidar com a criminalidade em um ambiente de normalidade, sendo necessária a utilização de medidas excepcionais que, com o tempo, acabam por serem definitivamente incorporadas ao arcabouço jurídico⁶⁸.

Todavia, embora larga e tradicionalmente utilizadas, as figuras da emergência e da exceção, como o nome diz, sempre foram incompatíveis com o conceito de normalidade constitucional. Com a idealização da segurança como valor fundante da legitimidade estatal, talvez se pretenda superar esse “obstáculo”.

No que tange ao sistema punitivo, o ideal de liberdade está ligado a um conceito de Estado de direito e a um sistema estrito e rígido de garantias do

⁶⁸ “En efecto, la ‘cultura de la emergencia’ que se ha propagado en España no es estrictamente una manifestación local del abandono de las razones jurídicas. La antigua República Federal de Alemania, Francia e Italia fueron los países comunitarios que inauguraron, en plena época del constitucionalismo social, el empleo de la excepcionalidad penal para afrontar sus problemas domésticos de terrorismo rojo (que en contadas excepciones se aplicó al terrorismo negro). Como se sabe, lo excepcional se fue convirtiendo en habitual o regular y todas aquellas vulneraciones que comportaban las leyes antiterroristas a los principios liberales del derecho penal y a las garantías iluministas que están en la base teórica (aunque no práctica) de los sistemas europeos de justicia criminal, se fueron incorporando ‘legalmente’ a los ordenamientos jurídicos” (BERGALLI, Roberto: *La razon de Estado como nuevo fundamento del control penal en España*. Revista de la Asociacion de Ciencias Penales de Costa Rica. n.º 9, 1994. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/revista9f.htm>>. Acesso: 15 de março de 2005).

indivíduo frente às pretensões punitivas do Estado, enunciado a partir das construções filosóficas do liberalismo político, do iluminismo e do racionalismo e que tem como corolários a legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e ofensividade real da conduta.

De outro lado, o ideal de segurança aponta para um sistema punitivo hipertrofiado, simbólico e desfomalizado (flexibilização das garantias), com objetivo de aumentar o poder do Estado contra eventuais “inimigos”, conquanto esse poder aumentado se faça sentir sobre todos os cidadãos, já que a intervenção punitiva deixa de ser a *ultima ratio* para se tornar *prima ratio*, ou ainda *sola ratio*.

Isto posto, é possível concluir que a mudança de paradigma para um “ideal constitucional de segurança” representa, no que tange ao direito penal e processual penal, um enorme e perigoso aumento do poder do Estado sobre o indivíduo, completamente dissociado da pretensa capacidade de diminuição da insegurança.

A passagem de um Estado democrático de direito para esse novo modelo de Estado também se revela no uso reiterado de mecanismos de suspensão da ordem jurídica como paradigma de governo, tal como ocorreu nos regimes totalitários recentemente. Veja-se que embora essas medidas excepcionais sejam justificadas como necessárias à manutenção da democracia, são exatamente tais poderes emergenciais que levam à ruína da democracia.

Ademais, a concentração de poderes excepcionais pelo executivo corresponde à erosão do legislativo e, por conseguinte, da própria política como meio de auto-regulação da sociedade. Vive-se uma época em que impera o discurso de terrorismo estatal que, se por um lado não se presta a resolver as tensões sociais do mundo contemporâneo, por outro, agrava ainda mais o sentimento de insegurança.

A ideologia do binômio “emergência-segurança” como fonte da legitimidade política leva ao estabelecimento de um estado da exceção constante, afastando a sociedade da deliberação política e enfraquecendo o Poder Judiciário em sua função de garantidor dos direitos individuais.

A necessidade de aprofundar o estudo desse novo modelo constitucional é premente, sobretudo no atual panorama de violência difusa e de desprezo pelos direitos humanos por parte dos Estados, não apenas latino-americanos, mas também nas tradicionais democracias norte-atlânticas. A reafirmação dos ideais

iluministas de limitação dos poderes e de sua legitimação a partir da liberdade individual afigura-se na atualidade uma necessidade imperiosa.

O pensamento da segurança carrega dentro dele um risco essencial. Um estado que tenha a segurança como sua única tarefa e fonte da legitimidade é um organismo frágil; pode sempre ser provocado pelo terrorismo para tornar-se, ele próprio, terrorista. A conclusão inafastável é a de não há como se falar em um “direito constitucional de segurança” na medida em que esse “novo paradigma” revela uma concepção antagônica à de Estado democrático de direito e de constitucionalismo.

Por fim, no âmbito do Estado democrático de direito, a atribuição constitucional do Poder Judiciário está ligada à proteção dos direitos individuais, e não à expansão do controle social por meio do direito penal, devendo rechaçar medidas que desvirtuem essa função. O travestimento das iniciativas de expansão criminalizante como interesse público ou eficiência do Estado no combate ao crime não se presta a modificar a função constitucional do Poder Judiciário.