

1

Teoria constitucional moderna ou contemporânea? A nova constitucionalização da segurança e da seguridade social

1.1

Introdução - Constituição e teoria constitucional contemporânea da segurança social como seguridade

O momento atual da dinâmica das questões que permeiam as teorias constitucionais após 1945¹ tem feito as cortes constitucionais enfrentarem um novo balanceamento direito/valor entre os princípios político-jurídicos da liberdade e da segurança², com nova refração na concreção das tarefas estatais e dos direitos fundamentais.

Se o marco midiático do 11 de setembro de 2001 nos fez acudir a esse novo balanceamento³, também precipitou um posicionamento constitucional norte-americano com forte preeminência de imperativos de segurança sobre as liberdades públicas (notadamente aquelas referentes à privacidade), posicionamento este que permeia as ações de guerra preventiva do executivo norte-americano, ainda por se aperfeiçoarem pelo exame da Suprema Corte dos EUA, convidando os americanos ao debate atual da “inescapável verdade” (“*inescapable truth*”) do estado de exceção constitucional e da ditadura constitucional, que o americano Clinton Rossiter desenvolveu desde 1948 às décadas de 50 e 60⁴. Esse novo balanceamento já comparece no entanto em decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA), como no julgamento das “sentinelas do Muro de Berlim”, do “sírio-alemão”, da “escuta

1 Nosso marco teórico na teoria constitucional contemporânea, o balanceamento entre liberdade e segurança, tem no pós-1945 seu corte histórico, vez que este marca o início da reconstituição das sociedades atuais do mundo ocidental, momento inaugural de transformações constitucionais (e.g. nos EUA) e de novas constituições (e.g. na Alemanha, Espanha, Portugal e Brasil).

2 Ver FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2007, p. 4 e ss.

3 Ver FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2007, p. 4 e ss.

4 QUIRK, William J., Introduction to the Transaction Edition, in ROSSITER, Clinton. “*Constitutional Dictatorship – Crisis Government in Modern Democracies*”. USA, Library of Congress, 2001, p. IX. Ver também BRITO, Marcos Antonio Bezerra, Introdução, in VIEIRA, José Ribas (coordenador). *O Estado de Segurança nas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Curitiba, ed. Juruá, 2008.

ambiental”, do “rastreamento de dados pessoais” e da “lei de abate de aeronaves sob controle de terroristas”, examinadas em recente estudo⁵. Desse novo balanceamento podemos constatar que o incremento de segurança que se apresenta, faz com que os executivos estatais vejam ampliada sua proatividade no exercício do poder. É dizer que, se a liberdade traz as correlatas presunção de inocência, ampla defesa e contraditório como antecedentes de qualquer juízo estatal relativamente ao cidadão, a necessidade de segurança traz correlata a proatividade estatal também antecedente de qualquer juízo relativamente ao cidadão. E é no tecido cotidiano da atuação estatal entre segurança e liberdade que se situam o exercício do poder de polícia, da *potestade publica*, e do devido processo legal. Mas enquanto no processo legal, administrativo ou judicial, as premissas de liberdade – presunção de inocência, contraditório e ampla defesa – embora justapostas, devem preceder as de segurança, nos procedimentos de exercício do poder de polícia estatal, da *potestade publica*, as ações preventivas - que assegurem a realização dos objetivos buscados pela atuação estatal – prescindem da liquidez e certeza que devem preceder o cumprimento das decisões estatais resultantes de um processo legal. Este novo balanceamento entre direito e valor, a que vimos acudir com os eventos de 11 de setembro de 2001, tem trazido a tendência de transformar a liberdade de direito em valor fundamental e a segurança de valor em direito, o “direito fundamental de segurança”⁶, o que reforça a proatividade dos executivos estatais e do exercício da *potestade publica*. Este fenômeno contemporâneo de revitalização do poder de polícia como instrumento de ações preventivas de segurança encontra hoje, entre nós brasileiros, maior visibilidade midiática na área de segurança pública, e no âmbito desta tese, na proatividade estatal de concretizar o sistema de seguridade social através da concretização do sistema de lançamento tributário federal nos procedimentos fiscais de exercício da *potestade publica* fiscal fazendária.

No século XX as constituições foram objeto de intenso debate institucional entre segurança e liberdade em tempos de crise - como no entre-

5 Tal debate institucional, em torno do novo equilíbrio político-jurídico entre liberdade e segurança, tem hoje também refrações no Brasil, como na “lei do abate” brasileira (Decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004). Ver em VIEIRA, José Ribas (coordenador). O Estado de Segurança nas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Curitiba, ed. Juruá, 2008.

6 FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. BH, Del Rey, 2006.

guerras, e em tempos de paz – como no pós-guerra - as preocupações distributivas trouxeram a preeminência do debate em torno de liberdade e justiça⁷.

O equilíbrio instável entre normatividade e politização constitucionais tem-se deslocado mais recentemente - seja através de emendas constitucionais, de novas interpretações pelas cortes constitucionais, ou de regimes de exceção constitucional engendrados pelos executivos estatais - em virtude do fenômeno da mundialização econômico-financeira e das comunicações, e da desterritorialização da guerra contra o terrorismo.

Nos limites deste capítulo percorremos um itinerário descritivo da teoria constitucional no curso de crises e continuidades das duas guerras mundiais e da Guerra Fria até os nossos dias, para concluirmos por uma escolha teórico-constitucional contemporânea de atuação estatal no exercício de sua função fiscal fazendária. No itinerário deste capítulo consideraremos: 1. elementos de uma teoria constitucional dos direitos fundamentais, 2. o controle preventivo de ações terroristas como exemplo atual de proatividade estatal no campo das ações de polícia, 3. elementos de teoria do estado de exceção constitucional, ao qual hoje permeiam premissas sociológico-políticas da teoria da sociedade de risco, e premissas político-jurídicas das ações de polícia e do direito penal do inimigo, para avaliar, no cotidiano da atuação estatal e resistência social, seus limites atuais e seu alcance nas novas tarefas estatais de promoção social; 4. a operacionalidade de uma argumentação jurídica racional ponderativa de razões e proporções entre as necessidades 4.1. de segurança e cooperação no âmbito da União Européia, 4.2. de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos nacionais e 4.3. da indispensável mediação constitucional/legislativa, 5. os limites de competência na busca de equilíbrio entre segurança e liberdades, tendo por premissas em cotejo um estado de segurança/defesa permanente, é dizer um “estado de guerra permanente” (“guerra” ao terrorismo, “guerra” às drogas), o direito coletivo à segurança como seguridade social e os direitos fundamentais individuais / coletivos (CF88, art. 5º.) e sociais (CF88, art. 6º.), e 6. as novas necessidades de controle e previsibilidade da atuação estatal no Brasil no exercício da função fiscal fazendária, conformadora dos direitos e das liberdades individuais para garantia e promoção dos direitos fundamentais sociais (CF88, art. 6º.) pelo

⁷ Ver FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2007, p. 170 e ss.

princípio da solidariedade (CF88 art. 3º, I), constitucionalizada no sistema de seguridade social (CF88, art. 194).

1.2

Constituição e Teoria Constitucional Contemporânea: novo quadro teórico constitucional nos anos 90 do século XX.

1.2.1

Uma teoria da constituição com garantia dos direitos fundamentais como eixo central ante a fragmentação da soberania estatal: necessidade política e defesa da constituição.

Num exame comparativo inicial, percebe-se desde logo que a Constituição Brasileira de 1988 inclui direitos sociais a par dos direitos e garantias individuais. Aqui resta o longo e ainda não concluído debate sobre se e em que medida são garantidos pelo estado brasileiro os direitos sociais constitucionalizados. Já a opção feita na Constituição de Bonn após a 2ª. GM renunciou aos direitos sociais explicitados no entre-guerras na Constituição de Weimar, reforçando os direitos fundamentais individuais clássicos. Numa primeira etapa, tratou-se de afirmar, ampliar e aprofundar a proteção jurídico-fundamental frente a limitações estatais ou atitudes autoritárias importadas de épocas passadas, para, em seguida, estender as exigências dos direitos fundamentais também à interpretação e aplicação das leis. Com isto turvaram-se as fronteiras entre lei e direito constitucional e reduziu-se a distância que separava o tribunal constitucional dos tribunais ordinários⁸. Esse fenômeno podemos observar no Brasil a partir de 1988, explicitado na previsão constitucional do controle concentrado e difuso de constitucionalidade e nas leis 9868/99, 9882/99 e 11.418/06, que regulam o processo constitucional.

Porque a política faz alterar as leis, no sentido de dirigir as tendências sociais de evolução, é que os direitos fundamentais fundam obrigações estatais dentro dos egoísmos do sistema, para gerar unidade e por limites à racionalidade econômico-tecnológica dominante, como na proteção estatal dos direitos de personalidade, da liberdade de expressão e da liberdade religiosa. Por isso, tanto a

8 PINA, Antonio López. Estudio preliminar, in GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

teoria da constituição quanto a teoria do estado de Dieter Grimm⁹ partem dos direitos fundamentais (frize-se, sociais e individuais), com que ele se propõe a enfrentar 1. A política de prevenção - no curso do câmbio do paradigma da liberdade para o da segurança - que afeta diretamente os direitos fundamentais individuais de liberdade (as liberdades negativas da interferência estatal); 2. A mundialização, que, fazendo coincidir seu raio de ação político e econômico reduz as possibilidades de reação das políticas nacionais, agudizando a problemática das economias nacionais, pois os estados têm procedido transferências de tarefas de natureza político-econômica, político-tecnológica e político-militar a instituições supranacionais, cedendo-lhes o direito de soberania para tal necessário; e 3. O recurso à negociação como instrumento para solucionar problemas e adotar decisões políticas, tanto na relação entre estado e setor privado, quanto na relação entre federação e entes federados, com custos para a eficiência, legitimidade e democracia¹⁰.

Note-se que a abordagem que Grimm propõe “enfrentamento”, e não “defesa”, pois volta-se à atuação das políticas públicas, à proatividade estatal também na promoção dos direitos fundamentais sociais e não somente a defesa dos direitos fundamentais individuais; daí derivarmos “seguridade” como atuação justaposta (e não contraposta) à política de segurança e derivarmos “previdência” como atuação justaposta à política de prevenção. Não é difícil perceber-se, no exemplo atual da crise de segurança pública das capitais brasileiras, que a presença do estado deve justapor ações repressivas da criminalidade (policimento ostensivo, polícia e processo judiciário, sanções negativas dos delitos) com ações que promovam a cidadania, prevenindo (e não somente reprimindo) ameaças à paz e ordem social. A previdência e assistência social e de saúde são componentes das ações de seguridade social que devem estar justapostas às políticas de segurança, compondo as ações estatais preventivas de riscos sociais, pois todos sabemos que a concentração de renda e bens, coadjuvada com a exclusão social, têm nos grandes centros urbanos as câmaras de eco para instigar convulsão social cotidianamente, contra o que não basta que o estado “defenda” o cidadão “dizendo o direito” nas decretações de prisões e nos processos administrativos/judiciais. A

9 Ver em GRIMM, Dieter. El futuro de la Constitución in *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Trad. Raul Sanz Burgos y Jose de Baena Simon. Madrid, Editora Trotta, 2006.

10 Ver em GRIMM, Dieter. El futuro de la Constitución in *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Trad. Raul Sanz Burgos y Jose de Baena Simon. Madrid, Editora Trotta, 2006.

deliberação e escolha das ações preventivas de riscos sociais estão a cargo dos agentes políticos, e a administração pública opera executando as ações de prevenção previamente deliberadas e escolhidas. Tal é o caso também das ações fiscais fazendárias, que do ponto de vista de atendimento às políticas públicas, ampliando a presença fiscal visam estimular o recolhimento tributário espontâneo, prevenindo a evasão fiscal que minguia os cofres públicos dos recursos necessários à execução orçamentária anual da seguridade social (governança); e do ponto de vista operacional, pelo controle metódico dos procedimentos de lançamento tributário, visa prevenir a existência de processos administrativos e judiciais tributários (eficiência).

Enquanto o constitucionalismo clássico era estadocêntrico, o constitucionalismo atual apresenta uma problemática policêntrica e multinivelada¹¹. *Policêntrica* por conta do fenômeno político-econômico da regionalização, que tende a congrega um conjunto de estados em uma mesma constituição. E *multinivelada* devido à existência de constituições nos níveis supranacional, regional e local, como na União Européia, repercutindo em que uma tutela multinivelada de direitos na ótica da acionabilidade direta encontra resistência dos estados a ceder de sua posição de centralidade¹². Os limites da integração internacional - que perpassam os âmbitos da prestação de contas democrática (*accountability*), dos direitos fundamentais e das constituições - foram todavia concebidos como limitados às funções do direito constitucional¹³. É portanto forçoso reconhecer-se que as características do novo constitucionalismo e a dinâmica de integração das soberanias com velocidades diferenciadas entre os estados torna inadequado o esquema conceitual estadocêntrico e dificulta sua aproximação metodológica com o constitucionalismo contemporâneo. Se é certo que, como entendemos, para integrarem-se as soberanias a aproximação

11 DE MARCO, Eugenio. *Percorsi Del Nuovo Costituzionalismo*, Giuffrè Editore, 2005, p. XIII. Ainda sobre governança em sistemas multiníveis, KÖNIG, Klaus. Governance im Mehrebenensystem (Governança no Sistema Multiníveis), in SOMMERMANN, Karl-Peter (Hrsg.), "Aktuelle Fragen zu Verfassung und Verwaltung im europäischen Mehrebenensystem" (Questões Atuais para Constituição e Administração no Sistema Multiníveis Europeu). Speyer (Deutschland): Speyerer Forschungsberichte 230 (Revista de Pesquisa n. 230 de Speyer), Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (Instituto de Pesquisas em Administração Pública), 2003.

12 DE MARCO, Eugenio. *Percorsi Del Nuovo Costituzionalismo*, Giuffrè Editore, 2005, p.98.

13 LEBECK, Carl. *National Constitutionalism, openness to international law and the pragmatic limits of European Integration – European law in the German Constitutional Court from EEC to the PJCC – Part I/II*, Introduction.

metodológica precisa desvencilhar-se de conceitos estadocêntricos, para compreendermos hoje como se legitimam as soberanias, é necessária uma aproximação metodológica menos ontológica e mais funcional do estado¹⁴; é dizer que são as tarefas e os procedimentos para o exercício das funções estatais - como a função fiscal fazendária - que legitimam ou deslegitimam a soberania estatal interna e sua integração na sociedade internacional.¹⁵ Por isso examinamos nesta tese os procedimentos fiscais fazendários com que o estado brasileiro cumpre a tarefa constitucionalmente fixada de custeio do sistema de seguridade social através do sistema de lançamento tributário federal.

1.2.2

O marco teórico clássico da teoria constitucional: governo de crise e “ditadura constitucional”

Um dos marcos teóricos da teoria constitucional clássica é o de que cada sociedade organizada, como uma questão de sobrevivência, tem um mecanismo – expresso ou implícito – para suspender a constituição quando a regular observância do ordenamento jurídico possa por em perigo a continuação do estado. Esta é a oportunidade da afirmação de Clinton Rossiter, de que “nenhuma forma de governo que exclua a ditadura pode sobreviver quando a vida da nação é ameaçada”¹⁶. Esta afirmação, apoiada nas necessidades e urgências da Segunda Guerra Mundial, volta a ser ouvida mais de cinquenta anos depois, já agora tendo como câmaras de eco situações de beligerância difusa sem declaração de guerra, como o terrorismo, que nos EUA repercutiram nas medidas de emergência contidas no “Patriotic Act” de 2001. No entanto, a atual “guerra ao terrorismo” não sugere sua finitude, ao contrário, é cogitada como estado de guerra permanente, trazendo atuais os temores de Rossiter de que a permanência do estado de emergência conduzisse o povo a habituar-se com governos autoritários. Essa concepção histórica de ditadura somente pode ser

14 Ver no Capítulo I, IV desta pesquisa.

15 Sobre legitimação da atuação estatal, Capítulo I, II, *Elementos de teoria da justiça e teoria do estado moderno e contemporâneo do pós-guerra*. Ver, sobre o conceito de sociedade internacional, BULL, Hedley. *The Anarchical Society – Study of Order in World Politics*. London MacMillan, 1977, P. 9-10).

16 QUIRK, Willian J., Introduction to the Transaction Edition, in ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in Modern Democracies*. USA, Library of Congress, 2001, p. IX.

constitucional, pelo que o adjetivo *constitucional* é quase redundante. A *ditadura constitucional* serve como termo geral descritivo, para toda uma gama de poderes e procedimentos emergenciais, de uso periódico em todos os países constitucionais, incluindo os EUA, embora não haja necessariamente disposição constitucionalmente expressa¹⁷. A medida de proatividade da atuação constitucional do executivo estatal amplia-se com a demanda por prevenção de riscos sociais, sejam ações preventivas de curto prazo, ante iminência de beligerância externa, interna, terrorismo, mas também ações preventivas decorrentes das políticas públicas de seguridade social.

A expressão constitucional do estado de emergência pode ser exemplificada, embora em termos por demais genéricos - pelo artigo 48 da Constituição de Weimar: “Se um estado não atende os deveres que lhe incumbe cumprir sob a Constituição Nacional ou as leis, o Presidente do Reich pode compeli-lo a atender com a ajuda da força armada”. Mais especificadas são as previsões do estado de defesa e do estado de sítio na Constituição Brasileira (artigos 136 a 141), que fixam poderes e procedimentos que corroboram as teses de Rossiter para a ditadura constitucional: concentração, expansão e liberação do poder¹⁸. Vale lembrar que se trata de “poderes” e não de “direitos”, é dizer, de ampliação de hipóteses (com ou sem procedimentos de controle transparentes) de exercício da *potestade publica*, e não do exercício de liberdades através de direitos, cuja garantia passa pelo processo legal, administrativo ou judicial.

A ditadura constitucional, como exercício de poderes excepcionais transferidos do poder legislativo para se concentrarem no poder executivo, é uma expansão de poder governamental invasivo das liberdades políticas e econômicas. Daí porque hoje, se de um lado a insegurança mundialmente difundida pelo terrorismo trouxe ao debate a possibilidade estatal de restringir liberdades políticas e econômicas de seus cidadãos, de outra parte a inserção dos países na mundialização e regionalização política e econômica faz coincidir seu raio de ação político e econômico, reduzindo as possibilidades de reação das políticas nacionais e agudizando a problemática de suas economias. Isto porque a mundialização e a regionalização tendem a transferir tarefas de natureza político-

17 ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in Modern Democracies*. USA, Library of Congress, 2001, p. 5.

18 Op.cit. p. 288.

econômica, político-tecnológica e político-militar para instituições supranacionais, cedendo-lhes portanto direitos de soberania incompatíveis com as medidas de concentração de poder de uma ditadura constitucional tal como formulada por Rossiter. Justapostas a estas transferências de tarefas para instituições supranacionais devem estar as políticas nacionais de prevenção de riscos sociais internos decorrentes de catástrofes naturais e desequilíbrios sociais, como o desemprego e o declínio do sistema de seguridade social.

É importante notar-se que este novo raio de ação das sociedades contemporâneas repercute no exercício das funções estatais, especialmente, no âmbito desta tese, nos procedimentos para o exercício da *potestade publica*, como são os procedimentos de extração de tributos para o restabelecimento ou a promoção da estabilidade política, econômica e social interna dos países.

1.2.3

Segurança e liberdade na sociedade de risco global

A premissa sócio-política da soberania - que outrora correspondia ao dever de garantir a proteção física dos súditos hobbesianos ou a proteção da propriedade lockeana - encontra-se hoje diluída pela mundialização e regionalização política e econômica. Essa função protetora perdurou - na evolução e nas diferentes versões do estado liberal - até chegar ao estado social, que cumpriu também como funções paralelas a produção de estabilidade e de segurança social até meados dos anos de 1970, quando a emergência de um novo pensamento liberal terminaria por constituir um novo paradigma sobre o modelo e as funções do estado¹⁹.

No pensamento neoliberal, a sociedade contemporânea - porque mundializada - não se compreende apenas pela relação poder-proteção dentro de limites territoriais. Embora a globalização não resulte no fim do estado, tem também como efeito uma redefinição de suas funções. E se algo caracteriza o modelo neoliberal de estado é precisamente a prioridade das políticas de segurança, que passaram a dominar a agenda política mundial mesmo antes dos ataques terroristas a Nova York e Washington em 2001. Este predomínio das

19 PISÓN, Jose Martinez de. Las transformaciones del estado : del estado protetor al estado de seguridad, in *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, p. 56.

políticas de segurança pode ser considerado coincidente com o descobrimento de que a sociedade tem-se construído num contexto de “riscos”, como explica J. M. de Pisón, referindo-se a Ulrich Beck:

“Desde que, em 1986, Ulrich Beck chamou a atenção sobre el aumento de los riesgos en las sociedades desarrolladas y en el mundo en general, ha surgido toda una literatura que acentúa la incertidumbre y los peligros que acechan a los individuos del bienestar. Si bien es unánime de que el concepto de “riesgo” es problemático además de un constructo teórico, lo cierto es que la emergencia de este debate apunta a una percepción de una realidad que alimenta incertidumbres e inseguridades. De repente, todo se vuelve en contra. La naturaleza, la ciencia, la sociedad, etc., se convierten en peligros potenciales para los ciudadanos lo que hace que surjan nuevos requerimientos a los poderes públicos. Como el mismo Beck señala, la tecnología nuclear y química, la investigación genética, las amenazas ambientales, la supermilitarización y la depauperización de los entornos sociales más allá de las sociedades del bienestar son interpretados como una amenaza y como consecuencia, los ciudadanos demandan nuevas cotas de seguridad. De ahí que deba hablarse del tránsito de la sociedad postindustrial a la “sociedad del riesgo”.”²⁰

A sociedade de risco pode ser interpretada como o retorno da incerteza ao centro do cenário social, com a sensação generalizada de incerteza e mal-estar, que tende a priorizar questões “de ordem”, afinal canalizadas para específicos objetivos político-normativos²¹. Se de um lado o risco, como representação coletiva, cria coesão social, de outro lado, permite vincular essa representação coletiva com uma dinâmica de relação entre valores e idéias de ordem legitimadoras das ações estatais de prevenção. Vale neste passo notar que o exercício da *potestade publica* fiscal fazendária pode ser considerado uma forma de ação preventiva, pois visa imediatamente a verificação e o registro de fatos de interesse econômico e/ou financeiro-tributário, e mediamente o recolhimento espontâneo de tributos que sejam suficientes para dotar o estado de recursos para cumprir suas tarefas constitucionalmente fixadas, como as novas tarefas afetas à seguridade social (saúde, assistência e previdência), preventivas dos riscos da exclusão social para a segurança pública e institucional da sociedade.

A confusão progressiva, nas sociedades contemporâneas, entre intervenção militar e atividade policial, a ampliação das capacidades de

20 PISÓN, Jose Martinez de. “Las transformaciones del estado : del estado protetor al estado de seguridad”, in *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, p. 60.

21 SEGURA, Martin. “Retórica y gobierno Del riesgo: la construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo”, in *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, p. 77.

intervenção administrativa mesmo em detrimento do controle judicial (*e.g.* prisão sem acusação ou processo, sem chancela judicial prévia), ou o seu controle administrativo como gestão do espaço e do comportamento de quem “ofereça riscos” (escuta telefônica, disponibilização de dados, rastreamento de informações, espionagem e meios invasivos semelhantes)²², sinalizam mudanças no constitucionalismo contemporâneo: 1. Numa abordagem mais política, indicam um novo balanceamento nas funções do estado, entre a auto-limitação estatal pela liberdade e a sua promoção ostensiva e permanente de segurança; 2. Por outra abordagem, mais normativa, fazem emergir uma nova “gramática constitucional”, como propõe Günther Frankenberg, em vista da tendência de que a *liberdade passe de um direito a um valor ao passo em que a segurança ascenda de um valor a um direito*²³, o “direito fundamental de segurança”. E isso na medida em que os cidadãos vão legitimando as ações estatais invasivas de sua liberdade, na expectativa de que o estado possa com isso eliminar ou reduzir as ameaças à sua segurança e de seus bens.

Em que pese – no limite – a possibilidade de desprendimento social das exigências democráticas para o atingimento de maior eficácia estatal na erradicação da ameaça, do “inimigo”, dos riscos da exclusão social, tendência que aproximaria as funções do estado numa sociedade de riscos às de um estado constitucional de “exceção permanente”, dificilmente se poderia admitir, sem mais, o sacrifício de direitos politicamente conquistados ao longo de séculos, como os direitos de liberdade. Se é verdade que ameaças à segurança podem justificar específicas restrições à liberdade sob requisitos de necessidade e proporcionalidade, estas “somente se justificam pela necessidade de preservação da liberdade mesma e não por outros valores como ordem ou segurança, derive essa liberdade da dignidade humana, dos direitos humanos, ou de qualquer princípio de justiça”²⁴.

Podemos identificar esta tendência de ampliação da proatividade do executivo estatal brasileiro tanto no campo da segurança contra ações criminosas,

22 No Brasil, recente decisão do STF sobre escuta e algemas, resultante da chamada “Operação Satiagraha”, que repercute na discussão legislativa atual sobre a exposição pública do preso. Rcl 7451 SP/São Paulo, Reclamação, Relatora Min. Carmen Lucia, julgamento em 04/05/2009. HC 95009 MC/SP – São Paulo, Medida Cautelar no *Habeas Corpus*, relator Min. Eros Roberto Grau, julgamento em 11/07/2008.

23 FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. BH, Del Rey, 2006.

24 TESÓN, Fernando R. “Liberal security”, in *Human rights in the war on terror*, Cambridge University Press, p. 58 e 59.

como na recente “Lei do abate” de aeronaves envolvidas com o tráfico internacional de drogas (2004), quanto na ampliação das tarefas estatais de promoção social, como é o caso da seguridade social (saúde, assistência e previdência), para a qual concorre a atuação da *potestade publica* fiscal fazendária federal nos procedimentos fiscais. A conformação estatal dos direitos individuais de liberdade conquistados na modernidade somente se legitima e justifica no sentido de promover e garantir os direitos fundamentais sociais, para o que suas ações devem ser transparentes, é dizer seus procedimentos de exercício do poder devem ser previsíveis e controláveis.

1.2.4

Sociedade de risco e a disciplinarização da segurança

Reconhecida a passagem ao momento conceitual da sociedade de risco e o conseqüente novo balanceamento constitucional entre segurança e liberdade, passamos ao seu momento normativo, qual seja o das formulações legislativas, da atuação da administração pública e da justiça: o direito. Se é certo que o direito se dirige às pessoas, é uma cômoda ilusão, segundo Günther Jakobs, “pensar-se que todos os seres humanos se acham vinculados por meio do direito enquanto pessoas”. Isto porque, para ele, um vínculo jurídico que não seja meramente conceitual não é gerado apenas a partir do postulado de que tal deve ser, de que todos os seres humanos devem ser considerados pessoas²⁵. Mas resta daí a questão de saber, então, se e como seres humanos podem não ser considerados pessoas pelo direito em geral, e especificamente pelo direito penal por ele proposto.

G. Jakobs propõe que subjaz ao direito penal do cidadão alguma medida não explicitada de prevenção, de defesa da sociedade, em face de riscos futuros, além da explicitada medida de contradição da sociedade ao fato-tipo, e que ambas - contradição e prevenção - fazem parte de um só contexto jurídico-penal. Enquanto o denominado direito penal “do cidadão” dirige a pena ao cidadão infrator - entendida a pena como contradição daquele fato por ele praticado -, seu antípoda (o direito penal “do inimigo”) dirige a pena não a um cidadão (pessoa), mas a um denominado “inimigo”, alguém que, por princípio, se

25 JAKOBS, Günther. *Derecho penal Del enemigo*. Espanha, Ed. Thomson-Civitas, 2ª.ed., 2006, p. 15.

conduz de modo desviante, e não oferece garantia de um comportamento pessoal, tendo deixado, por isso, de ser cidadão, e se tornado uma *fonte individual de perigo* para a sociedade. A pena cumpre portanto esta dupla função de contradição e/ou de prevenção, embora a função de prevenção, segundo Jakobs, ainda dependa de especificação e delimitação normativa.²⁶ De novo temos aqui a proatividade do executivo estatal ampliada pela função de prevenção de riscos sociais e para redução da insegurança, mas cuja especificação e delimitação normativa são aparentemente incompatíveis, num mesmo contexto de juízo fático, com os direitos e garantias individuais²⁷.

Numa sociedade já agora reconhecida como de risco global, a redução da insegurança provocada por riscos ambientais, tecnológicos ou catástrofes naturais, demanda iniciativas técnicas e políticas de prevenção que se antecipem às conseqüências indesejadas. E no que tange mais especificamente à prevenção de perigos proporcionados pelo terrorismo, a sociedade tem sido demandada por explicitação normativa de medidas excepcionais de defesa contra aqueles que, internamente ou para além de limites territoriais, sejam considerados como não-cidadãos e não-pessoas, mas “indivíduos inimigos”. No entanto, segundo Jakobs, não há ainda, quanto aos juízos político-normativos de combate ao terrorismo, esta demanda por explicitação normativa, com o grau de importância que tem em relação aos juízos de contradição dos fatos que afastam do cidadão autor a sua presunção de inocência. Também entre nós brasileiros, parece tímida a demanda por explicitação normativa das políticas de prevenção dos riscos para a ordem social resultantes das deficiências no sistema de seguridade social (saúde, assistência e previdência), pois tem tido preeminência na literatura política e jurídica brasileiras desde o fim do regime de exceção, em 1988, a explicitação normativa de proteção e garantia dos direitos fundamentais individuais (CF88, art. 5º.), que multiplicam-se, em matéria tributária, a partir da garantia ao contraditório e ampla defesa, em relação à explicitação normativa dos meios e

26 No Brasil, antes da implantação do “sistema vicariante” de constrição da liberdade, após 1988, penas podiam ser antecedidas ou coadjuvadas por “medidas de segurança”, segundo um “juízo de periculosidade”. É notável entretanto, no processo eleitoral, o clamor da opinião pública veiculado na mídia contra os “candidatos com ficha suja” ou seja, aqueles que ofereceriam “perigo”, embora prevaleça sua presunção de inocência nos processos penais em que estão direta ou indiretamente envolvidos como acusados.

27 No Capítulo 4 examinamos a delimitação de atuação da *potestade publica* fiscal fazendária cotejando a conformação das liberdades pela atuação estatal com os direitos individuais de liberdade.

procedimentos de proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais (CF88, art. 6º.) que estão a cargo do executivo estatal cumprir, como o provimento das fontes de custeio do sistema de seguridade social.

O elenco de medidas excepcionais de restrição à liberdade²⁸ tem tido, no ocidente, assento constitucional bem delimitado pelos catálogos de direitos fundamentais, notadamente após a 2ª. Guerra Mundial, mas está sendo pressionado para fora desses limites, em matéria penal, para uma “criminalização em estágio prévio a lesões de bens jurídicos”²⁹. A regulação de uma tal criminalização - prévia a qualquer fato imponible - parece ter uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos - os “indivíduos inimigos” - mais que na definição de um fato que possa afastar a presunção de inocência de um cidadão. Daí porque Jakobs proponha a dupla função da pena: a pena poderá cumprir a função de contradição daquele fato que terá afastado a presunção de inocência do cidadão que o praticou, mas poderá também ter a função de prevenir o risco de lesões a bens jurídicos que possam ser praticadas por terroristas ou quaisquer “indivíduos inimigos” da sociedade organizada.

Podemos identificar essa dupla função de defesa (presunção de inocência) e prevenção (presunção de legitimidade) na atuação estatal também no sistema de lançamento tributário brasileiro iniciado nos procedimentos fiscais (presunção de legitimidade no exercício da *potestade publica* fiscal fazendária para prevenção dos riscos de evasão fiscal pelo estímulo ao recolhimento tributário espontâneo) e aperfeiçoado no processo administrativo/judicial tributário (presunção de inocência com inafastabilidade do contraditório e ampla defesa).

Nos limites desta tese exploraremos um derivativo ontológico de segurança com estatuto na CF88, qual seja, a seguridade social, cujo sistema - Sistema de Seguridade Social³⁰ - fixa específicos objetivos para a atuação estatal no que diz respeito ao exercício de sua função fiscal fazendária.³¹

28 Sobre conformação, delimitação e restrição das liberdades, ver no Capítulo 4.

29 MELIÁ, Manual Cancio. *De nuevo: derecho penal del enemigo?* In “*Derecho penal Del enemigo*”. Espanha, Ed. Thomson-Civitas, 2ª.ed., 2006, p. 90.

30 Cf 88, arts. 194 a 204.

31 A expansão das contribuições e os conceitos de solidariedade social (CF 88, art. 3º, I) e capacidade econômica (CF 88, art. 145, par. 1º), cuja interventividade no fluxo financeiro - além do patrimônio e da renda - demanda diferenciado controle e previsibilidade da atuação estatal.

1.2.5

Segurança, diversidade e solidariedade em lugar de liberdade, igualdade e fraternidade

Se estamos hoje de volta ao espaço do embate entre liberdade e segurança, estas próprias noções têm-se apresentado com contornos ou conteúdos já agora aparentemente diversos do modelo liberal clássico.

Segurança: A segurança jurídica no estado liberal de direito se baseava 1. na ação do estado limitada e calculável; 2. na certeza do direito fundada em sua clara e inequívoca cognoscibilidade; e 3. na imediata aplicação (e atuação) da norma em favor do cidadão assegurada pela garantia da execução³². Esses elementos de base dependem diretamente da soberania do estado, soberania essa que em nossos dias, na dinâmica da mundialização econômica dos empreendimentos transnacionais, se encontra fragmentada ou compartilhada. Fragmentada, por exemplo, pelas conseqüências do isolamento imposto pelos blocos econômicos. Ou compartilhada, na hipótese de inserção do estado no âmbito de qualquer desses mesmos blocos econômicos.

Liberdade: Nesse modelo liberal individualista, não há espaço para o conceito de desenvolvimento da liberdade por meio da liberdade de outros ou para a idéia de expandir e aumentar a liberdade individual por meio de uma combinação solidária de várias esferas de liberdade³³. Mas essa liberdade clássica liberal hoje se vê pressionada. Pressionada pelas demandas sociais organizadas em associações de classe ou de interesses sociais/ambientais/humanos, como as ONG e os grupos de pressão, e também pela insegurança mundialmente difundida pelo terrorismo, que têm trazido ao debate a possibilidade da sociedade organizada estatal restringir, reduzir, conformar³⁴ – em maior medida - a liberdade-privacidade ou as liberdades políticas e econômicas de seus cidadãos.

Utopia: Erhrard Denninger procura demonstrar que a tríade liberdade-igualdade-fraternidade, proclamada na Revolução Francesa, ao contrário de se ter

32 DENNINGER, Erhrard. *Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno*, Lección magistral sobre Lichtenberg, pronunciada en la Escuela Técnica Superior de Darmstadt el 22-10-1991, p. 358.

33 DENNINGER, Erhrard. *Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade*, in *Revista brasileira de estudos políticos*”, UFMG, Faculdade de Direito, p. 24.

34 Sobre restrição/conformação das liberdades pela atuação estatal, ver Capítulo 4.

verificado como realização histórica do projeto de dominação liberal, se confirmou apenas como utopia. E as utopias apresentam momentos que na realidade só se dão em forma de situações relativas, imperfeitas e impuras, é dizer, vinculadas ao paradigma de ubiqüidade espaço-temporal³⁵. Mostram-se, portanto, as utopias, como realidades estáticas, incapazes de processamento que lhes transforme em lentes para observação acurada e atuação na realidade, é dizer, “realidades” que não permitem ver e se posicionar na dinâmica dos fatos sociais.

Por outra parte, algumas circunstâncias atuais resultantes do desenvolvimento das ciências naturais cooperaram decisivamente para produção de insegurança em relação à realizabilidade daquela tríade iluminista, como a impossibilidade de dominar com segurança as conseqüências da técnica, percebida com clareza e espanto a cada dia, p.ex. em eventos como a catástrofe de Tchernobil. Também o advento de uma pluralidade de sujeitos epistemológicos, extinguindo o monopólio de veiculação estatal da verdade (com a crise do estado de direito), fez desaparecer o limite clássico de segurança e previsibilidade do direito, lançando a sociedade numa segurança precária, preventiva, manipulável e contextual, em relação a determinados bens jurídicos como a própria liberdade, igualdade e fraternidade, as utopias plasmadas nos textos das constituições.

Crise generalizada da razão e contemporânea centralidade no cotidiano das estruturas de poder: Desprestigiadas as verdades, as utopias, uma “crise generalizada da razão”³⁶ fez com que se voltassem as atenções para o fenômeno cotidiano - muito menos espetacular, mas por isso tanto mais efetivo - da crescente implicação da práxis, ou seja, das estruturas de poder³⁷. Reconhecida contemporaneamente a centralidade do fenômeno cotidiano, Denninger propõe que hoje a igualdade precisa ser percebida fora dos cânones formais, para ser praticada e alcançada através das políticas públicas³⁸, que alcancem a singularidade de uma diversidade de desiguais, de diferentes. Para ele a fraternidade, sustentada por uma identidade político-cultural homogeneizadora, esgotou-se como utopia (não sem trazer conseqüências nefastas de segregação

35 DENNINGER, Erhard. *Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno*, Lección magistral sobre Lichtenberg, pronunciada en la Escuela Técnica Superior de Darmstadt el 22-10-1991, p. 359.

36 Ibid, p. 367.

37 Ibid, p. 372.

38 Sobre políticas públicas e legitimação da atuação estatal, ver também no Capítulo I, II, 4 desta pesquisa.

cultural e étnica), e deve ser hoje substituída por um sentimento não em relação a “um igual”, a “um semelhante”, mas em relação ao “outro”, portanto um sentimento de solidariedade social³⁹. E a liberdade individualista, como vimos, deve ceder lugar às iniciativas que visem reduzir riscos sociais, que visem prevenir riscos ambientais, enfim, que reduzam a insegurança, trazida pelo fim das verdades nas ciências naturais, e que o estado não pode debelar apenas dizendo o direito.

Denninger afirma que, por trás dos debates da atualidade, em torno de uma reforma da Lei Fundamental alemã, subjazem questões mais prementes, que não são na verdade matéria constitucional, como os ideais utópicos de “liberdade, igualdade e fraternidade”: são questões de alcance das políticas públicas, tarefas estatais⁴⁰, em torno dos ideais de segurança, solidariedade e diversidade⁴¹.

Nos estudos deste Capítulo 1 cumprimos o requisito de debater elementos de teoria constitucional contemporânea e de teoria do estado para identificação das novas tarefas a serem cumpridas pelo estado constitucional contemporâneo brasileiro. Interessa-nos a partir de agora a percepção de que a igualdade precisa menos ser apreendida ontologicamente, para ser mais praticada e alcançada através de políticas públicas, e de que a CF88 pôs, no Sistema de Seguridade Social, tarefas estatais inovadoras da função fiscal de captação de recursos para a promoção dos direitos à saúde, assistência e previdência social. É dizer, a mediação da solidariedade social no exercício da *potestade publica* fazendária é novidade da CF88, e repercute nos instrumentos e procedimentos fiscais fazendários, para o que oferecemos nesta pesquisa um método de trabalho⁴² compatível com o novo perfil extrativista de tributos⁴³ do estado brasileiro.

39 Solidariedade social constitucionalizada em 1988, CF 88 art. 3º, I, atualizada no sistema de seguridade social (CF 88, arts. 194 a 204) pela administração fazendária, e nos direitos fundamentais sociais (CF 88, art. 6º) também pelos demais entes e órgãos estatais e por entes e órgãos da sociedade civil organizada.

40 DENNINGER, Erhard. *State tasks and human rights*. Ratio Juris n. 12, Blackwell Publishers, 1999. Sobre tarefas estatais e legitimidade, ver também no Capítulo I, II, 4 desta pesquisa.

41 DENNINGER, Erhard. *Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade*, in Revista brasileira de estudos políticos”, UFMG, Faculdade de Direito, p. 25.

42 Capítulos 5, 6 e 7.

43 Capítulo 3.