

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

OSWALDO POLL COSTA

O AUTORITARISMO E A INCOERÊNCIA DOS FENÔMENOS JURÍDICOS NO
CONTEXTO JUDICIAL BRASILEIRO: O GARANTISMO PENAL E O ATIVISMO
JUDICIAL

SÃO LEOPOLDO

2018

Oswaldo Poll Costa

O Autoritarismo e a Incoerência dos Fenômenos Jurídicos no Contexto Judicial Brasileiro: o garantismo penal e o ativismo judicial

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo

2018

C837a Costa, Oswaldo Poll
O Autoritarismo e a Incoerência dos Fenômenos Jurídicos
no Contexto Judicial Brasileiro: o garantismo penal e o ativismo
judicial / Oswaldo Poll Costa -- 2018.
128 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do
Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São
Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

1. Direito. 2. Autoritarismo. 3. Garantismo penal. 4. Ativismo
judicial. 5. Crise do Estado. I. Título. II. Teixeira, Anderson
Vichinkeski.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "O AUTORITARISMO E A INCOERÊNCIA DOS FENÔMENOS JURÍDICOS NO CONTEXTO JUDICIAL BRASILEIRO: O GARANTISMO PENAL E O ATIVISMO JUDICIAL." elaborada pelo mestrando **Oswaldo Pol! Costa**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 11 de setembro de 2018.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto *(Participação por Webconferência)*

Membro: Dr. Wagner Silveira Feloniuk

Aos meus pais.

À minha esposa, por estar junto comigo em todos os momentos.

Aos meus irmãos – os consanguíneos e os que me foram dados pela vida.

O que me impressiona, à vista de um macaco, não é que ele tenha sido nosso passado: é este pressentimento de que ele venha a ser nosso futuro.

(Mario Quintana)

RESUMO

O presente estudo aborda, inicialmente, a íntima conexão entre fenômenos jurídicos com ampla repercussão em território nacional – o ativismo judicial e o garantismo penal – e o contexto mundial de crise do Estado Moderno. Entretanto, partindo de uma análise histórica, busca-se demonstrar que esses fenômenos seguem uma linha de teorias que foram importadas pelos pensadores nacionais, mas que aqui adquiriram um novo significado, colaborando – diferentemente do que vaticinam em tese – mais para a conservação das estruturas fundamentais de nossa sociedade do que para a sua transformação. Acabam, assim, por contribuir com a manutenção de uma sociedade autoritária e desigual. Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial praticado no Brasil é uma contradição. Ao mesmo tempo em que busca inspiração na prática judiciária e na produção acadêmica de outros países, ele é essencialmente nacional pois assumiu aqui um sentido próprio, claramente ligado às características intrínsecas de nosso país. São abordadas algumas dessas características, visando a demonstrar sua íntima conexão com nossa tradição autoritária. Seguindo a mesma linha, pretende-se demonstrar que quando as garantias constitucionais não são uniformemente asseguradas a todos, elas perdem o seu caráter de garantias, funcionando como uma espécie de privilégios, dos quais só gozam com segurança aqueles indivíduos que tem condições financeiras para custear uma defesa consistente em uma eventual ação penal. Desse modo, o estigma social deixado pelo cárcere acaba recaindo majoritariamente naqueles indivíduos pertencentes às camadas mais pobres da população, diminuindo radicalmente qualquer chance de ascensão social destas pessoas, bem como do grupo social que os rodeia, colaborando, assim, para a manutenção da desigualdade social. Esses fatores, em conjunto, dificultam sobremaneira a efetiva concretização de direitos fundamentais/humanos em nossa sociedade.

Palavras-chave: Autoritarismo, Garantismo Penal, Ativismo Judicial, Crise do Estado.

ABSTRACT

The present study approaches, initially, the intimate connection between legal phenomena with wide repercussion in Brazil - judicial activism and penal garantism - and the global context of crisis of the modern State. Nevertheless, starting from a historical analysis, we seek to demonstrate these phenomena follow a tradition of theories imported by national authors, that here acquired a new meaning, collaborating - unlike what they predict in thesis - more for the maintenance of our society's structures than for its transformation. Thus, they contribute to the maintenance of an authoritarian and unequal society. We concluded, therefore, that the judicial activism practiced in Brazil is a contradiction. Concomitantly, it seeks inspiration in judicial practice and in the academic production of other countries and it is essentially Brazilian, because it has taken on its own meaning, connected to the intrinsic characteristics of our country. Some of these characteristics are approached in order to demonstrate their close connection with our authoritarian tradition. Following the same reasoning, we try to demonstrate when the constitutional guarantees are not uniformly assured to all, they lose their essential character, functioning like privileges, of which only enjoy those individuals that can afford a consistent defense in a eventual criminal action. Thereby, the social stigma left by the jail ends up falling on those individuals belonging to the poorest strata of the population, radically reducing any chance of their social ascension, as well as of the social group that surrounds them, collaborating for the maintenance of inequality. These factors, together, hamper the effective realization of fundamental / human rights in our society.

Keywords: Authoritarianism, Penal Garantism, Judicial Activism, Crisis of the State.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A CRISE DO ESTADO E A INADEQUAÇÃO DE NOSSOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS	13
2.1 A CRISE DO ESTADO E OS DIREITOS HUMANOS	14
2.2 A CRISE DE REPRESENTAÇÃO E O PODER JUDICIÁRIO	17
2.3 DIFERENTES VISÕES SOBRE A CRISE: A PÓS-MODERNIDADE E A HIPERMODERNIDADE	20
2.4 A POSIÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	25
2.4.1 A doutrina nacional e a supralegalidade	26
2.4.2 As cortes internacionais e o duplo controle	29
2.5 O GARANTISMO PENAL, O ATIVISMO JUDICIAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS	33
1.6 CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS	38
3 A IMPORTAÇÃO DE CONCEITOS COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DO AUTORITARISMO	40
3.1 LATIFÚNDIO E DOMINAÇÃO: A “SOBERANIA POPULAR” NO IMPÉRIO E NA REPÚBLICA	43
3.2 O POSITIVISMO E A PRODUÇÃO INTELECTUAL	49
3.3. ARGUMENTOS JUSTIFICADORES DO AUTORITARISMO NO ESTADO NOVO: A “DEMOCRACIA AUTORITÁRIA”	53
4 DO AUTORITARISMO AO ATIVISMO JUDICIAL	65
4.1 A NECESSÁRIA DEFINIÇÃO: O QUE É O ATIVISMO JUDICIAL?	67
4.2 DA TEORIA À PRÁTICA: O ATIVISMO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	71
5 DO AUTORITARISMO AO GARANTISMO PENAL	86
5.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS: A DESIGUALDADE ENTRE ESTADO-ACUSADOR E INDIVÍDUO-ACUSADO	86
5.2 O CONTEXTO NACIONAL	91
5.3 O “NOVO MOMENTO” DO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO: AS GRANDES INVESTIGAÇÕES	101

5.4 O ESTIGMA E A REPRODUÇÃO DA DESIGUALDADE: AS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DO CÁRCERE	107
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
REFERÊNCIAS	119

1 INTRODUÇÃO

Várias mudanças ocorridas no mundo nas últimas décadas levaram a um processo de questionamento de conceitos que foram fundamentais durante toda a modernidade. Indubitavelmente, um desses conceitos é a soberania, cujo conteúdo e alcance são, atualmente, bastante discutidos. O reconhecimento da ausência de fronteiras da questão ambiental, motivada, especialmente, pelo alcance global dos processos de degradação do meio ambiente e de suas consequências; a intensa internacionalização da produção e, conseqüentemente, dos mercados de trabalho, das empresas e do consumo; e o fluxo global cada vez mais acelerado de capitais podem ser citados. O aspecto que mais interessa a presente pesquisa, entretanto, é a questão dos direitos humanos. Após a Segunda Guerra Mundial percebeu-se que a proteção dos direitos humanos, ou, pelo menos, de um conjunto mínimo desses direitos, não poderia ser deixada a cargo exclusivamente de cada país, o que motivou a assinatura de vários tratados internacionais e a criação de diversas organizações internacionais e mesmo transnacionais.

Esse é o tema abordado no primeiro capítulo do presente trabalho. São analisados, assim, o atual cenário de crise do Estado e o processo de internacionalização dos direitos humanos em nosso país, bem como a compatibilidade dos instrumentos jurídicos que dão título à pesquisa – o garantismo penal e o ativismo judicial – com esse processo. Ainda que, como dito há pouco, a crise do Estado desperte questionamentos a respeito de conceitos cujo conteúdo foi de fundamental importância durante o período moderno, buscar-se-á demonstrar que as mudanças ocorridas no mundo nas últimas décadas revelam não um rompimento com a modernidade, mas sim uma exacerbação dessa. O inchaço das atividades financeiras, da circulação de capitais e de informações, do consumo, entre outros, são elementos que apontam estarmos vivendo em um período de extremos: uma *hipermodernidade*.

Uma das características da modernidade sempre foi a tensão entre a territorialidade e a mundialidade, entre a soberania nacional e as relações internacionais, mas com clara proeminência da primeira sobre a segunda. Na hipermodernidade, essa tensão também está exacerbada. A soberania é questionada *justamente* em razão da crescente importância das relações internacionais, devido aos fatores acima mencionados. Não se pode mais falar em preponderância do aspecto interno sobre o externo, havendo, nos dias atuais, um equilíbrio muito mais complexo.

Estranhamente, a produção acadêmica em diversas áreas do direito parece ignorar a relevância dessas mudanças. Esse é o caso da doutrina produzida no Brasil sobre o garantismo penal. Evidentemente, essa não ignora completamente a existência dos tratados internacionais e da jurisdição internacional. Todavia, os autores nacionais focam claramente a sua análise do aspecto interno, dando evidente proeminência a esse. A análise feita por esses é, portanto, essencialmente *moderna* e não *hipermoderna*. Já o ativismo judicial brasileiro demonstra, também, uma evidente incompatibilidade com o mundo hipermoderno. Sua íntima conexão com a tradição autoritária brasileira lhe dá um caráter tipicamente provinciano. As práticas autoritárias de muitos de nossos magistrados remetem a uma lógica feudal, onde cada juiz soberano, criando sua própria lei, Constituição e ordenamento jurídico. Esses fatores, em conjunto, dificultam sobremaneira a efetiva concretização de direitos fundamentais/humanos em nossa sociedade.

Depois de traçados os contornos do garantismo penal e do ativismo judicial no atual contexto de crise, far-se-á uma breve incursão histórica. Necessário lembrar, nesse sentido, que trezentos anos de colonização marcaram de forma indelével a história brasileira. Como é comum nesse tipo de processo histórico – especialmente nas colônias de exploração – fomos colonizados não só economicamente, mas também culturalmente. A metrópole nos impôs não apenas um modelo produtivo, mas todo um conjunto de instituições e ideias que buscava definir completamente a nossa existência. A produção intelectual no Brasil colônia, apesar de ter existido, nunca foi fomentada por Portugal, tendo sido, mesmo, inibida pela metrópole.

Em uma sociedade polarizada entre senhores e escravos – com clara predominância de um dos polos – e onde o resto, com raras exceções, era apenas o resto, praticamente não havia espaço para o desenvolvimento do espírito. Nossas primeiras instituições políticas, como as capitanias hereditárias, seguiram modelos que já haviam sido aplicados por Portugal em outras colônias. Esta lógica também impregnou o nosso desenvolvimento pós-independência. Tanto no período imperial como no republicano, as teorias que aqui se faziam presentes, bem como as instituições que delas derivavam, eram trazidas dos países europeus ou da América do Norte.

No entanto, nesse tipo de importação nunca houve uma verdadeira preocupação com a fidelidade na aplicação dos princípios que norteavam as linhas teóricas em seus países de origem. Poder-se-ia pensar que a razão deste fenômeno seriam as diferenças entre os contextos sociais local e europeu ou norte-americano, que impedia a fiel aplicação de todos os conceitos em nosso território. Todavia, não é esse o ponto fundamental. De fato, se tivesse havido uma verdadeira preocupação com a realidade local, ter-se-ia facilmente percebido que

grande parte das ideias importadas não teriam qualquer chance de aqui vingar, principalmente sendo implantadas – como o foram – de modo vertical.

Este é o tema abordado no segundo capítulo do presente trabalho. Busca-se demonstrar, no entanto, que nesse tipo de importação nunca houve uma verdadeira preocupação com a fidelidade na aplicação dos princípios que norteavam as linhas teóricas em seus países de origem. A questão é diversa. A transposição de diversos conjuntos de preceitos ao longo de nossa história não teve um cunho verdadeiramente transformador, ao menos não no sentido de constituir tentativas de aproximar a sociedade brasileira do contexto europeu ou norte-americano. O objetivo dos setores da sociedade que promoveram tais importações era meramente legitimar uma realidade social já existente, por meio da invocação de um conjunto de ideias em voga nos países desenvolvidos, ou, mesmo, legitimar alguma mudança ocorrida em nossa sociedade, mas de sentido e amplitude bastante diversos daquelas transformações que levaram à criação das teorias nos países de origem. Desse modo, conceitos como democracia, república e liberalismo, entre outros, foram para cá transplantados, sem que houvesse, no entanto, significativas transformações estruturais em nossa sociedade¹.

Vale frisar que a importação de modelos ou a inspiração em exemplos externos ou antigos é um fenômeno universal. Os próprios pais da pátria norte-americana tiveram como referências ideias e instituições da Antiguidade, da Renascença, da Inglaterra e da França contemporâneas. Também a França revolucionária buscou inspiração nos clássicos e no exemplo estadunidense.

Porém, não é isso que encontramos na experiência brasileira. Aqui, os conceitos não foram construídos – ainda que com inspiração em elementos externos –, como na Europa ou na América do Norte, foram, ao invés disso, reproduzidos e utilizados pragmaticamente. No mesmo sentido, a justificação dos regimes não se deu mediante a demonstração ao povo da coerência das ideias – até mesmo porque, na maior parte de nossa história, o povo foi deixado à margem dos acontecimentos –, mas sim mediante a utilização da palavra eficaz. As próprias teorias já traziam em seu bojo sua legitimidade, justamente por terem sido produzidas nos grandes centros culturais do mundo. Como utilizá-las em nosso país e que sacrifícios de ordem lógica seriam necessários para tanto eram problemas secundários.

Busca-se, assim, traçar uma aproximação entre os processos históricos acima mencionados e a práxis do garantismo penal no Brasil. A crítica aqui realizada tem como foco justamente a forma como os princípios há décadas construídos pelos pensadores garantistas

¹ Diversas obras da historiografia nacional abordam o tema, dentre elas *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, *A formação das almas*, de José Murilo de Carvalho e *Os donos do poder*, de Raymundo Faoro.

vem sendo aplicados em nosso país. Não se pretende, portanto, criticar a produção teórica dos autores garantistas nacionais, mas analisar como os conceitos por estes enunciados – frise-se, sempre embasados nos grandes nomes do garantismo europeu – são utilizados no dia-a-dia do Poder Judiciário, bem como nas fases preliminares de investigação.

Assim, em um primeiro momento, são utilizados os conceitos expostos por diversos autores desta linha, tanto europeus quanto nacionais, no sentido de demonstrar que alguns dos alicerces do garantismo penal – entre eles, a presunção de inocência – tem como um de seus fundamentos a desigualdade de forças entre os atores do processo penal, o Estado-acusador e o indivíduo-acusado. É feita, então, uma análise da diferença no tratamento recebido pelos réus em nosso sistema penal. Para tanto, proceder-se-á a uma apreciação do conteúdo de diversos julgados, bem como uma análise jurimétrica da aplicação do princípio da insignificância no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Seguindo a mesma abordagem, pretende-se demonstrar que o ativismo judicial praticado no Brasil é uma contradição. Ao mesmo tempo em que busca inspiração na prática judiciária e na produção acadêmica de outros países, ele é essencialmente nacional pois assumiu aqui um sentido próprio, claramente ligado às características intrínsecas de nosso país. Serão abordadas algumas dessas características, visando a demonstrar sua íntima conexão com nossa tradição autoritária.

Entretanto, é preciso ressaltar que, ao ligar o ativismo judicial ao autoritarismo, não se está afirmando que todos os juízes que adotam uma postura ativista buscam conscientemente a reprodução de estruturas sociais autoritárias. Há, evidentemente, em muitos juízes ativistas, uma boa vontade. É preciso lembrar, entretanto, que o autoritarismo não está nos *fins*, mas sim nos *meios*. Não há como garantir que essa “boa” vontade do magistrado seja boa para todos e não apenas para uma pequena parcela da sociedade. Ou, dito de outra forma, não há como saber se os valores desse magistrado vão coincidir com os princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico e com a produção legislativa democraticamente construída.

O método de abordagem é, portanto, o fenomenológico-hermenêutico, pois a pesquisa tem por objetivo final uma reconstrução conceitual dos fenômenos jurídicos aqui estudados. Depois de exposto, no primeiro capítulo, o principal referencial teórico do trabalho, localizado na teoria do Estado – já que toda a abordagem é feita dentro de uma perspectiva de crise do Estado Moderno – e de traçados, no capítulo segundo, os contornos históricos da importação de conceitos como forma de legitimação em nosso país, buscar-se-á, nos capítulos finais, revolver a base sobre a qual foram construídos os conceitos de ativismo

judicial e garantismo penal no Brasil, reconstruindo o seu trajeto institucional a fim de demonstrar que esses se inserem na tradição anteriormente narrada de importações pragmáticas de conceitos.

Busca-se demonstrar, enfim, que o garantismo penal e o ativismo judicial estão profundamente conectados, tanto em seu desenvolvimento na conjuntura internacional – ambos ligados à crise do Estado Moderno –, quanto em sua peculiar manifestação no contexto brasileiro.

Por fim, devemos referir ainda que a presente pesquisa se situa no âmbito do projeto de pesquisa “Constitucionalismo transnacional: dos fundamentos filosóficos aos mecanismos de promoção do Estado constitucional em um contexto internacional de progressiva transnacionalização do fenômeno jurídico”, coordenado pelo professor Anderson Vichinkeski Teixeira, inserido na linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

2 A CRISE DO ESTADO E A INCOERÊNCIA DE NOSSOS FENÔMENOS JURÍDICOS

O Estado Moderno foi a instituição em torno da qual gravitou grande parte dos principais debates e movimentos políticos nos últimos quatro séculos. Vale lembrar, porém, que muitos autores entendem tratar-se a expressão “Estado Moderno” de um pleonismo, tendo em vista afirmarem ser o Estado uma instituição essencialmente moderna.

A questão foi sintetizada por Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, nos seguintes termos: “Afiml, Estado Moderno por quê? Houve, então, um Estado Antigo? Mas, se, como diz Luciano Gruppi, tudo começou com Maquiavel, não deveríamos chamar o Estado dito moderno, simplesmente, de ‘o Estado’?”. Já Maurizio Fioravanti, ao falar do constitucionalismo, afiança que esse constitui o segundo aspecto do “Estado Moderno europeu”. Assevera, entretanto, que, embora em todo o desenvolvimento histórico do constitucionalismo – e, conseqüentemente, do próprio Estado – tenha “muitas referências a problemas típicos da Idade Média ou modelos da Idade Antiga, pertence inteiramente à Idade Moderna”.²

Independentemente de como o denominamos – Estado Moderno ou apenas Estado – é certo que uma das principais características dessa instituição é a soberania. A noção tradicional de soberania é definida por Streck & Bolzan de Moraes como um poder “que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas”³. Esse poder, comumente caracterizado como uno, indivisível, inalienável e imprescritível, é uma das bases sobre as quais se estruturou o conceito moderno de Estado.⁴

² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 142, tradução nossa.

³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 82. Sobre o tema, ver também BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço temporal dos Direitos Humanos*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁴ Para a gênese do conceito de Estado em Maquiavel, ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 69-88.

2.1. A CRISE DO ESTADO E OS DIREITOS HUMANOS

Apesar da visão tradicional sobre o Estado, acima apresentada, a atual conjuntura internacional tem apresentado significativas mudanças no cenário desenhado quando da formação dos Estados Nacionais, tornando insustentável a definição referida. É cada vez maior a interdependência entre os Estados, indicando uma significativa conexão entre as ideias de soberania e de cooperação, o que afeta significativamente a pretensa autonomia desses sujeitos de direito internacional. Mesmo que se compreenda que a formação de blocos de países tem se dado por meio de tratados fundados na própria soberania de cada participante, fica evidente a necessidade de revisão dos postulados que sempre sustentaram o conceito de Estado.

É importante ressaltar que essa interdependência se dá nos mais diversos âmbitos, que vão desde acordos de cooperação jurídica internacional – relativos, por exemplo, à compatibilização de procedimentos persecutórios no âmbito penal – até a formação de grandes blocos econômicos transnacionais, passando, evidentemente, por compromissos de cunho ambiental. Nesse sentido:

As chamadas comunidades supranacionais – Comunidade Econômica Europeia/CEE/União Europeia, NAFTA, MERCOSUL etc. particularmente a primeira, impuseram uma nova lógica às relações internacionais e, conseqüentemente, atingiram profundamente as pretensões de uma soberania descolada de qualquer vínculo ou limitação. O que se percebe, aqui, é uma radical transformação nos poderes dos Estados-Membros, especialmente no que se refere a tarifas alfandegárias, aplicação de normas jurídicas de direito internacional sujeitas à apreciação de Cortes de Justiça supranacionais, emissão de moeda, alianças militares, acordos comerciais etc⁵.

Outro importante aspecto desse crescente processo de cooperação entre os Estados diz respeito à questão dos direitos humanos. De fato, o movimento de proteção internacional dos direitos humanos baseia-se na compreensão de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos de seus cidadãos e de que a comunidade internacional está autorizada a protestar se um Estado não cumprir suas obrigações. De fato, segundo Flávia Piovesan⁶, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge em decorrência da Segunda Guerra

⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 83.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>, acesso em 24/09/2017, p. 2.

Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às graves violações de direitos humanos do Nazismo e à convicção de que pelo menos parte desses fatos poderiam ter sido evitados se houvesse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos.⁷

Concebeu-se, portanto, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito interno do Estado, ou seja, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque diz respeito a tema de legítimo interesse internacional. Essa concepção impõe, obviamente, a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções nos Estados, visando à proteção dos direitos humanos: “isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados”⁸.

De fato, alguns autores, como Stefano Rodotà⁹, chegam a trabalhar com uma perspectiva de “fim da geografia”, pensando os direitos, de maneira geral, em uma dimensão sem fronteiras e sem limites geográficos. Essa visão traz à tona problemas inéditos, que afetam decisivamente o direito e todos os seus atores, bem como seus locais de produção. Isso não implica, obviamente, uma perda do próprio direito, mas uma busca por novas formas de trabalhá-lo e até mesmo de pensá-lo. Em outras palavras, “esse deslocamento não indica o fim do direito, mas sua realocação, agora *sconfinata*, assim como sua readequação a novos conteúdos”¹⁰.

Os aspectos até aqui comentados demonstram a necessidade de revisar o caráter soberano atribuído ao Estado contemporâneo, ou, pelo menos, os termos em que se dá essa pretensa soberania. Nas palavras de Bolzan de Moraes e Streck, “não se trata mais da constituição de uma ordem todo-poderosa, absoluta. Parece, indubitavelmente, que se caminha para o seu esmaecimento e/ou transformação como elemento caracterizador do poderio estatal”. E prosseguem os referidos doutrinadores, afirmando que “em nível de relações externas, mais visivelmente, percebe-se a construção de uma ordem de compromisso(s), e não de soberania(s)”¹¹.

⁷ Nesse sentido, ver a pesquisa de PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 6, n. 2, 2014, p. 142-154.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF* cit., p. 3.

⁹ Sobre o tema, ver RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*. Ed. Trotta: Madri, 2014.

¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. BRUM, Guilherme Valle. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: Entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 49.

¹¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 84.

É necessário referir que, nos últimos anos, presenciamos a emergência de movimentos de renacionalização em várias partes do mundo, sendo uma das principais manifestações desse fenômeno a saída do Reino Unido da União Europeia¹², o que poderia levar a um questionamento sobre a continuidade do processo relativização da soberania estatal. Günther Teubner afirma estarem esses movimentos em ambos os lados do espectro político, motivados, em grande parte, por questionamentos sobre a legitimidade democrática dos regimes transnacionais¹³.

Teubner lembra, entretanto, que é do interesse desses regimes confrontar os seus problemas de legitimidade, já que esses dependem, em grande medida, da cooperação voluntária de seus membros – ainda que existam, evidentemente, mecanismos de persuasão. Desse modo, os organismos internacionais devem gerar a sua própria legitimação para conseguir implementar suas regras, especialmente tendo em vista que a capacidade desses para resolver problemas de uma maneira eficaz depende de sua aceitação como atores legítimos na visão das partes interessadas¹⁴.

É, portanto, no mínimo, questionável se estamos assistindo a um recrudescimento dos Estados nacionais ou apenas a uma nova manifestação da crise das democracias modernas, como afirma David Runciman. De fato, esse autor defende que tanto o Brexit quanto a eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA são consequências diretas da crise econômica de 2008, bem como das medidas que foram tomadas para amenizar suas consequências.

Runciman afirma que o que aconteceu em 2008 mudou a dinâmica da democracia ocidental. Passados alguns anos do ápice da crise econômica, a crença de que ninguém havia sido punido pela quase-calamidade – e, além disso, de que aqueles que deveriam ter sido punidos estavam ganhando mais dinheiro do que nunca – precisava de uma resposta. As medidas tomadas pelos governos evitaram piores consequências para a economia, mas também protegeram os responsáveis. Então, a resposta veio através das votações que elegeram Trump e decidiram pela saída do Reino Unido da União Europeia. Apesar das

¹² Além do chamado *Brexit*, outra evidência nesse sentido foi a eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA, utilizando uma plataforma claramente conservadora, baseada – ao menos retoricamente – em frases como “uma América [EUA] para os americanos [estadunidenses] em primeiro lugar” e “fazer a América [EUA] grande outra vez”.

¹³ Sobre o tema, em especial sobre a alegada carência de legitimidade democrática dos regimes internacionais, ver TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088, acesso em 19/01/2018, onde o autor trabalha com extensa bibliografia.

¹⁴ *Ibidem*, p. 2.

diferentes circunstâncias e conseqüências desses dois processos, eles têm isso em comum: foram oportunidades nas quais um número suficientemente grande de pessoas pode registrar que a crise não havia acabado para elas. Como resultado, elas próprias produziram uma nova crise¹⁵.

2.2. A CRISE DE REPRESENTAÇÃO E O PODER JUDICIÁRIO

Uma das principais facetas da crise do Estado Moderno é o que Jacques Chevallier chama de crise de representação, que se caracteriza pela "erosão do crédito de confiança de que os representantes dispõem e que é indispensável ao bom funcionamento do sistema representativo"¹⁶. Sem essa relação de confiança, o vínculo político se desfaz, inviabilizando um padrão mínimo de aceitação da democracia representativa, já que a desconfiança não atinge apenas os políticos eleitos, mas os próprios poderes estatais que esses representam.

Alguns fatores colaboraram decisivamente para essa crise. O primeiro foi a incapacidade dos representantes de atender às expectativas dos cidadãos. Essa incapacidade está ligada ao crescente distanciamento dos políticos do resto da sociedade. Segundo Chevallier, na França, 71% das pessoas acreditam que os políticos pouco se importam com as suas preocupações¹⁷. Além disso, houve a proliferação de escândalos de corrupção em diversos países do mundo, fator essencialmente associado às chamadas "mentiras de Estado" – como, além da própria corrupção, as falsas alegações de existência de armas de destruição em massa em territórios que foram alvos de ataques pelas potências internacionais - e à implantação de procedimentos de manipulação da opinião pública.

Outro fenômeno a ser citado é a instrumentalização da cidadania com o intuito de excluir determinadas pessoas ou grupos, apontada por Pérez Luño. Em alguns países, os poderes políticos nacionalistas impõem uma visão fechada da identidade nacional e do vínculo de pertencimento político, excluindo parte substancial da população. Esses nacionalismos são responsáveis por uma espécie de "exílio interior", fazendo com que muitos cidadãos se sintam estrangeiros em seus próprios países, justificando, muitas vezes, até mesmo o uso da violência¹⁸.

¹⁵ RUNCIMAN, David. *The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present*. Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 336.

¹⁶ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 190.

¹⁷ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 191. Segundo o autor, esses dados se repetiram nos anos de 1989 e 20008.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?.* Barcelona: Gedisa, 2004, p. 42.

A quebra de confiança representada pela crise de representação, associada ao fato de que, nas sociedades contemporâneas, o procedimento democrático está circunscrito por regras jurídicas – capazes, em tese, de proteger o povo dos abusos daqueles que os representam – já que os representantes fundamentam seu poder na Constituição, que estabelece os limites de suas competências, trouxe uma importância crescente aos mecanismos jurídicos. Isso evidencia uma profunda alteração na lógica democrática: “em nome de um conceito sempre mais exigente do ‘Estado de Direito’, conduz a democracia a transformar-se em ‘democracia jurídica’, fundada sobre esse culto do direito, que se encontra nas outras esferas da sociedade”¹⁹. De fato, Chevallier aponta que o Estado de Direito tornou-se, a partir da década de 1980, um *standard*, sendo uma das principais referências do discurso político. Todos os países são, desde então, “obrigados a se submeter ao culto do Estado de Direito, esforçando-se para captar em proveito próprio aquilo que se tornou um recurso ideológico de primeira importância e um argumento de autoridade do debate políticos”. Transformou-se, então, a ideia de Estado de Direito em um “selo de garantia necessário no plano internacional”²⁰.

Mas a promoção do tema do Estado de Direito não está apenas ligada à perda da confiança nos representantes. Ela tem íntima conexão com a ênfase colocada sobre o indivíduo e sobre a defesa de seus direitos contra a “ditadura” da maioria. Em outras palavras, o fortalecimento da ideia de Estado de Direito está ligado ao crescimento do individualismo, à defesa de cada pessoa não apenas contra um Estado conduzido por políticos que não mais merecem confiança, mas também contra a própria maioria social, ainda que legitimamente representada nas instituições democráticas.

Pérez Luño chega a referir que muitos juristas, economistas e filósofos se debruçam, atualmente, sobre o que consideram o *cadáver* do Estado social, que teria como implicação o fim das condições de cidadania surgidas em seu seio²¹. Não é outra a razão pela qual Chevallier coloca o sucesso obtido pelo tema do Estado de Direito como “intimamente ligado à crise do Estado-Providência”. O individualismo, que foi uma das características definidoras da modernidade, havia perdido força com o crescimento do Estado de bem-estar social. Entretanto, o enfraquecimento desse culminou no recrudescimento do individualismo, que, por sua vez, colaborou decisivamente para a centralidade da temática dos direitos fundamentais, especialmente na perspectiva dos direitos individuais. Assim, a teoria do Estado de Direito implica que “um conjunto de direitos julgados ‘fundamentais’ sejam

¹⁹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 201.

²⁰ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 202.

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?.* Barcelona: Gedisa, 2004, p. 34.

colocados fora do alcance dos poderes políticos [...]. Pelo jogo desse duplo processo de constitucionalização e de internacionalização, os direitos fundamentais tornam-se sagrados”²².

É evidente o quanto essa ênfase nos direitos fundamentais está relacionada ao garantismo, especialmente ao garantismo penal, já que os direitos assegurados aos acusados em qualquer investigação ou processo criminal possuem clara feição de direitos individuais, os chamados direitos de primeira geração ou dimensão, já que representam direitos negativos do cidadão em face do Estado ou, em outras palavras, direito à contenção do poder estatal em face ao indivíduo. Não se está aqui, obviamente, a defender que o reconhecimento da importância de se garantir direitos aos acusados surgiu com a crise do Estado-Providência, mas apenas que essa crise trouxe um novo olhar sobre a questão, dando reforçada ênfase aos direitos de cunho individual, nas quais se encontram as garantias penais.

Outra faceta do Estado de Direito é a de que a atividade de todos os órgãos e entes estatais é disciplinada por normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela possibilidade intervenção de um juiz. Isso significa uma evidente limitação na autoridade dos representantes eleitos, já que esses devem se submeter aos ditames constitucionais, bem como às regras que eles mesmos estabeleceram. Em todo o ocidente, o juiz constitucional tornou-se, qualquer que seja o sistema de controle adotado, um ator profundamente integrado ao jogo político, influenciando de maneira cada vez mais clara os equilíbrios institucionais. Segundo Chevallier, esse papel desempenhado pelo juiz constitucional “é considerado doravante não como um mecanismo de correção, mas como um elemento de aprofundamento da exigência democrática. [...] O juiz constitucional existe para contrabalançar a lei da maioria pelo respeito aos direitos fundamentais”²³. Importa ressaltar que o prestígio desses magistrados faz parte de um movimento mais amplo, de reavaliação das formas da democracia – sendo, portanto, indissociável da crise de representação. Significa que a legitimidade dos representantes eleitos é, de agora em diante, concomitante à legitimidade a outros títulos, por outras formas de investidura de agentes públicos.

Esse movimento supera os limites da jurisdição constitucional, fazendo com que as relações entre direito e política conheçam uma profunda transformação a partir da década de 1990. Segundo Chevallier, não ocorreu propriamente uma mudança súbita. No final dos anos 1960, especialmente na Itália na França, questões colocadas quanto ao conteúdo da Lei e ao papel do juiz levaram ao desenvolvimento de novas práticas judiciais, conduzindo uma

²² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 202-204.

²³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 208.

parcela de magistrados engajados – os chamados juízes vermelhos – a entrar em conflito com o poder político. Dessa vez, entretanto,

magistrados vão se engajar em nome da luta contra a corrupção, na repressão das práticas de corrupção política, não hesitando em questionar diretamente os eleitos; vê-se proliferar a figura nova do juiz “justiceiro”, que assume a missão de sanear e moralizar a vida política. Essa mudança é evidentemente indissociável do movimento mais geral, precedentemente evocado, de transferência à justiça da responsabilidade de regular os conflitos sociais de toda ordem.²⁴

A expressão utilizada é bastante reveladora. De fato, esses “juízes justiceiros” não atuam estritamente dentro de suas atribuições funcionais, o que irá suscitar fortes oposições: “ir-se-á até denunciar o ‘golpe de Estado dos juízes’ que, protegidos pela inamovibilidade e pela irresponsabilidade, procurariam impor a sua supremacia”²⁵. É possível verificar, desse modo, que o ativismo judicial, assim como a ênfase dada ao garantismo penal, está intimamente ligado ao contexto da crise de representação e de crescimento do Poder Judiciário. Ainda que não se possa confundir a judicialização da política com o ativismo judicial, como se verá nos capítulos subsequentes, fica claro que o contexto que ensejou o primeiro acabou por abrir espaço para o segundo, estando ambos ligados, desse modo, no plano analítico, à crise do Estado.

2.3. DIFERENTES VISÕES SOBRE A CRISE: A PÓS-MODERNIDADE E A HIPERMODERNIDADE

Há diversas linhas de autores que trabalham dentro de uma perspectiva de crise da modernidade e de crise do Estado Moderno. A primeira delas é a dos autores que sustentam, como já mencionado, estarmos vivendo em um contexto que pode ser caracterizado como uma “pós-modernidade”. Jacques Chevallier, em sua obra intitulada *O Estado Pós-Moderno*, defende haver diversos pontos de ruptura entre o momento atual e o período moderno, suficientes para caracterizar, em nossos dias, algo novo – uma *pós-modernidade*. Discorda, entretanto, dos que veem o fim do Estado como forma de organização política, pois entende que a globalização não tende a eliminar os Estados-nacionais, mas, ao contrário, aponta para a

²⁴ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 210.

²⁵ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 211.

confirmação da hegemonia do modelo estatal que prevaleceu no ocidente, ainda que com significativas transformações.²⁶

Chevallier delinea, na obra mencionada, uma série de aspectos da crise do Estado Moderno, que vão desde as mudanças na arquitetura estatal até as profundas modificações no liame político entre os cidadãos e o Estado. Um dos pontos abordados em profundidade diz respeito às transformações do Direito. Para esse autor, é possível falar-se em uma “crise da modernidade jurídica”, já que o Direito moderno era baseado no “império da razão”, tendo como um de seus principais objetivos a busca por uma estrutura clara, bem simbolizada pela pirâmide normativa kelseniana. Em contraposição, o Direito pós-moderno tem diversas fontes e a sua coerência é muito mais complexa, com grande importância às normas produzidas de forma descentralizada – como as agências reguladoras – e até mesmo ao chamado *soft law*, edificado, frequentemente, fora do próprio Estado.²⁷

No que tange às modificações no liame político, têm grande relevo as transformações no próprio conceito de cidadania. Chevallier afirma que a concepção tradicional de cidadania é a de poder participar da gestão política, bem como que essa se constitui em um conceito excludente, já que abarca apenas a identidade nacional, abrindo mão de outras – como, por exemplo, de um determinado grupo étnico –, tendo sempre que cumprir determinados requisitos. Já na pós-modernidade, a cidadania caminha para uma ideia mais flexível, mais tolerante e mais ativa, até mesmo em função do enfraquecimento da centralidade do modelo estatal. Outra característica relevante apontada é uma maior importância aos direitos anexos aos direitos políticos, já que essa nova cidadania seria também mais abrangente, englobando pessoas que participam da vida política por outros meios, como, por exemplo, a pressão feita em entidades governamentais por meio de grupos da sociedade civil.²⁸

No mesmo sentido, Pérez Luño, ao identificar o processo que ele chama de “fragmentação da cidadania”, diz que se aponta a noção de cidadania gestada na modernidade como responsável por homogeneizar de forma fictícia e intolerante todos os indivíduos em um status comum e universal de *ciudadão*. Entretanto, esse conceito tem sofrido severas críticas, sendo proposto o reconhecimento da diversidade cultural como fundamento da diferenciação entre os cidadãos. Menciona, nessa senda, as ideias de Will Kymlicka, que defende um conceito de “cidadania diferenciada”, capaz de abarcar a grande diversidade de valores culturais que são encontrados nas sociedades atuais. Nessas, a população se acha integrada

²⁶ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.11-16.

²⁷ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 116-122.

²⁸ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 251-259.

por uma multiplicidade de grupos que possuem traços identitários peculiares, deixando pra trás a imagem abstrata de um todo compacto para mostrar sua realidade complexa e heterogênea²⁹. Têmis Limberger afirma, ainda, que o Direito, o Estado e a política estão sofrendo modificações na pós-modernidade, cada um em seu aspecto próprio e todos reciprocamente: “a informação que circula livremente, em rede, bem como a possibilidade e a facilidade de transferir capital por meio eletrônico fazem com que os conceitos de fronteira física e de território percam o seu significado e a sua importância”. Desse modo, o conceito de cidadania, que estava vinculado à nacionalidade, sofre um processo de reformulação³⁰.

Faz-se mister, entretanto, colocar em perspectiva as afirmações até aqui feitas. Ainda que seja indubitável a mudança de paradigma ocorrida, nas últimas décadas, em relação ao conceito de cidadania e à centralidade do modelo estatal, não se pode afirmar que a tensão entre uma perspectiva nacionalista e uma internacionalista seja um fenômeno recente.

Segundo Anthony Giddens, os teóricos das relações internacionais usualmente estudam o desenvolvimento do sistema de Estados-nação analisando suas origens na Europa e sua posterior disseminação em escala mundial. Os Estados soberanos surgiram, primeiramente, como entidades amplamente separadas, tendo um controle administrativo quase completo no interior de suas fronteiras. Conforme o sistema do Estado europeu amadurece e vai se tornando um sistema global de Estados-nação, os padrões de interdependência ficariam cada vez mais desenvolvidos, sendo que esses não se expressariam somente nos vínculos que os Estados formam uns com os outros no contexto internacional, mas também na criação de organizações intergovernamentais. Entretanto, esse quadro não está totalmente correto, já que, como afirma o referido autor:

O poder soberano dos estados modernos não se formou antes do envolvimento destes no sistema de estados-nação, e mesmo no sistema de estados europeu, mas sim desenvolveu-se em conjunção com ele. Na verdade, a soberania do Estado Moderno foi desde o início dependente das relações entre estados, em termos das quais cada estado (em princípio, e de modo algum na prática) reconhecia a autonomia dos outros dentro de suas fronteiras. Nenhum estado, por mais poderoso,

²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?*. Barcelona: Gedisa, 2004, p.35-36. De fato, Kymlicka questiona se ainda podemos falar em cidadania em uma sociedade onde os direitos estão distribuídos com base ao pertencimento a certo grupo, asseverando – a despeito da crítica de alguns autores liberais, de que uma “cidadania diferenciada” seria uma contradição – que essa concepção é a única capaz de descrever adequadamente o funcionamento da cidadania nas sociedades contemporâneas. Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press 1995, p. 174.

³⁰ LIMBERGER, Têmis. BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 30.

detinha tanto controle da soberania na prática como era venerado no princípio legal.³¹

Em outras palavras, o próprio desenvolvimento dos Estados nacionais deu-se de maneira intrinsecamente conectada ao conjunto das relações internacionais presentes no contexto europeu quando desse desenvolvimento. Nunca existiu, na prática, a soberania quase absoluta desenhada nos modelos teóricos.

Além disso, esse processo – de desenvolvimento, consolidação e posterior crise dos Estados nacionais – também não se deu de maneira uniforme, ao longo dos séculos, nas diversas partes do globo. A perda de autonomia por alguns Estados em determinados períodos veio acompanhada por um aumento dessa em relação a outros atores em diferentes regiões do mundo, como aconteceu, por exemplo, no pós-Segunda Guerra, com a assinatura de diversos tratados internacionais pelas nações europeias concomitantemente à formação de vários Estados nacionais no processo de descolonização afro-asiático.

Durante toda a modernidade, portanto, existiu certa tensão entre uma perspectiva nacionalista e uma internacionalista, ainda que com uma clara proeminência, especialmente no aspecto conceitual, da primeira sobre a segunda. Em outras palavras, o período moderno consagrou a preponderância do Estado-nação, mas a própria centralidade desse deveu-se à forma como foram tecidas as relações internacionais durante a sua construção.

É nesse contexto que se insere o debate entre a *pós-modernidade* e a *hipermodernidade*. Segundo Gilles Lipovetsky, nos dias atuais, longe de assistirmos ao fim da modernidade, vemos a sua consumação³². Até fins do anos 70, essa estava enquadrada por um conjunto de contrapesos. Além do papel da Igreja, que conservava forte ascendência sobre as consciências, “os partidos revolucionários prometiam outra sociedade, liberta do capitalismo e da luta de classes; o ideal de Nação legitimava o sacrifício supremo dos indivíduos; o Estado administrava numerosas atividades da vida econômica”³³. Todavia, não estamos mais naquele

³¹ GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 71-72.

³² É interessante notar que, apesar de questionar a propriedade do termo “pós-moderno”, Lipovetsky defende que esse possuía – na década de 1970 – algum mérito, qual seja, o de salientar uma mudança de direção. LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 54. No mesmo sentido, Anthony Giddens afirma, sobre o termo “pós-modernidade”, que *afora o sentido geral de se estar vivendo um período de nitida disparidade do passado, o termo com frequência tem um ou mais dos seguintes significados: descobrimos que nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os “fundamentos” preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade; que a “história” é destituída de teleologia e conseqüentemente nenhuma versão de “progresso” pode ser plausivelmente defendida; e que uma nova agenda social e política surgiu com a crescente proeminência de preocupações ecológicas e talvez de novos movimentos sociais em geral*. GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo:UNESP, 1991. p. 52.

³³ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 54.

mundo. A sociedade que agora se apresenta é aquela na qual a modernidade não encontra uma resistência organizada e consistente:

Eleva-se uma segunda modernidade, desregulamentadora e globalizada, sem contrários, absolutamente moderna, alicerçando-se essencialmente em três axiomas constitutivos da própria modernidade anterior! o mercado, a eficiência técnica, o indivíduo. Tínhamos uma modernidade limitada; agora, é chegado o tempo da modernidade consumada.³⁴

Assim, diversos aspectos de nosso cotidiano demonstram uma escalada aos extremos. O inchaço das atividades financeiras e dos volumes de capital em circulação no planeta, a profusão de mercadorias nos hipermercados e *shopping centers* cada vez maiores, a tecnologia e suas transformações vertiginosas, as aglomerações urbanas e suas gigantescas metrópoles. Até mesmo os espetáculos, com o seu hiper-realismo que encena a transparência total, demonstram a exasperação ocorrida, em diversos níveis, nas relações sociais. Entretanto, é provável que em nenhum outro campo o mencionado fenômeno reste tão evidente quanto em relação ao aspecto digital. A troca constante e globalizada de informações em tempo real, especialmente através da internet, com o “seu dilúvio de fluxos numéricos (milhões de sites, bilhões de páginas, trilhões de caracteres, que dobram a cada ano)”³⁵ dão a exata dimensão do processo aqui mencionado. Resta evidente, portanto, que não presenciamos a superação da modernidade, mas, pelo contrário, a sua exacerbação.

Seguindo linha análoga, Giacomo Marramao afirma que a “condição pós-moderna” não se encontra em uma relação de ruptura, “mas antes de íntima continuidade (ainda que seja uma continuidade de filha ilegítima) com o Moderno: nada mais é que a derivação das suas premissas, a heterogênesse das suas finalidades projetuais”.³⁶

³⁴ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 55.

³⁵ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 55.

³⁶ MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e Secularização: As Categorias do Tempo*. São Paulo: UNESP, 1995. p. 170. Afirma, ainda, o referido autor que “a perda definitiva do sentido-centro daquilo que as grandes filosofias da história chamavam Processo é consequência do impacto retroativo exercido sobre o território-história pela descoberta do princípio de irreversibilidade na natureza. O *déplacement* é próprio ao tempo da entropia como tempo do após-progresso: tempo de sacrifício do presente sem contrapartida, tempo-a-perder, tempo de mera subtração. Assim, há uma íntima interdependência entre o déficit crônico de legitimação dos Estados contemporâneos e a contra-finalidade do projeto progressista: a queda do futuro como potência simbólica. A “dromomania” que acomete as estruturas institucionais e normativas da hipermodernidade (termo que nitidamente preferimos ao de “pós-modernidade”) é um sintoma da dificuldade de manter vivo o simbolismo social: consequência da obrigação de reproduzir o programa da futurização sem ter mais a possibilidade do recurso simbolicamente eficaz aos mitos do progresso e da revolução”. *Ibidem*, p. 170.

De fato, sustenta Marramao que a identificação entre a política e o Estado é uma característica específica da época moderna e, desse modo, não corresponde mais à situação do mundo globalizado, cujos perfis dominantes desenham uma tendência cada vez menos reconduzível ao paradigma centralístico-hierárquico da soberania. Entretanto, isso não sustenta as teses pós-modernas, pois essas enfatizam demasiadamente o aspecto da fragmentação e da dispersão, ofuscando as novas lógicas e os novos poderes de fusão do mundo globalizado. Afirma, assim, que a globalização não é um evento *pós-moderno*, mas sim *hipermoderno*. Ela se configura como um pressuposto e uma consequência da modernidade. O fenômeno da globalização que assistimos atualmente, na sua indiscutível amplitude e relevância, constitui o último – e, ao mesmo tempo, provisório – capítulo de uma série de globalizações sucessivas que têm feito o contraponto ao moderno processo de civilização. Sua característica hipermoderna consiste no fato de que ela traz às últimas consequências um campo de tensão que atravessou os quatro séculos da modernidade: a tensão entre o princípio da mundialidade e o princípio da territorialidade³⁷.

De fato, é necessário notar que essa dicotomia entre um cenário de intensas relações internacionais – ocorrendo em diversos níveis e necessárias para a definição do conteúdo e alcance, tanto no plano teórico quanto na prática, do próprio Estado nacional – por um lado, e de uma perspectiva interna centrada no modelo estatal, por outro, não é um fenômeno pós-moderno, mas sim *moderno*. Foi assim que se desenvolveram as relações mundiais durante toda a modernidade.

Desse modo, não estamos assistindo, nos dias atuais, a uma transformação de modelo, mas sim a uma mudança de escala e, quiçá, de foco. Mudança de escala, pois a referida tensão entre o princípio da mundialidade e o da territorialidade, para utilizarmos a nomenclatura de Marramao, está mais intensa nas últimas décadas do que esteve em qualquer outro período da modernidade. E mudança de foco pois, pela primeira vez, é possível perceber uma tendência à proeminência das relações internacionais sobre a política interna dos Estados ou, pelo menos, a uma atribuição de igual peso à perspectiva internacional e à nacional.

2.4. A POSIÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Um dos principais temas que tem levado a uma revisão da noção tradicional de soberania – e, conseqüentemente, do próprio conceito de Estado – é a questão dos direitos

³⁷ MARRAMAIO, Giacomo. *Tertium Datur?* Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto ainda não publicado. p. 2.

humanos. De fato, o raciocínio até aqui explicitado adéqua-se completamente à lógica da proteção, nacional e internacional, desses direitos.

1.4.1. A Doutrina Nacional e a Supralegalidade

Inicialmente, vale lembrar que as Constituições contemporâneas tendem a assumir uma abertura expansionista, abarcando direitos humanos previstos em tratados internacionais. Esse fenômeno pode dar-se de forma implícita – pela mera aceitação da eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelos representantes dos Estados – ou, como no caso brasileiro, de forma expressa. De fato, a Constituição Federal de 1988 prevê, no § 2º do artigo 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esse dispositivo, presente no texto originário da Constituição Federal de 1988, levou muitos autores a defenderem uma tese de que todos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira teriam *status* de norma constitucional.

Nessa linha, Flávia Piovesan defende que, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição Federal; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Assevera, assim, a referida autora, que a Constituição de 1988 inova ao incluir, entre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário: “ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional”³⁸.

Essa posição perdeu força com a incorporação do § 3º ao artigo 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que passou a dispor que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros,

³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>, acesso em 24/09/2017, p. 8.

serão equivalentes às emendas constitucionais”. Assim, criou-se um regime específico para a incorporação dos tratados de direitos humanos à ordem constitucional brasileira.

A referida alteração, no entanto, não fez com que os doutrinadores abandonassem a tese da hierarquia constitucional das normas previstas em tratados de direitos humanos. Pelo contrário, muitos continuaram defendendo que todos os tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário e que foram internalizados em nosso ordenamento são normas materialmente constitucionais, independentemente do quórum de aprovação a que foram submetidos no Congresso Nacional. A diferença residiria apenas no fato de que os tratados aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam normas formalmente constitucionais.

Nesse sentido, Valério Mazzuoli afirma que, tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, pois, se a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, pode-se concluir que ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Mazzuoli exclui, já em seu ponto de partida, o entendimento de alguns autores, de que os tratados de direitos humanos não aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples e não pelo quorum que lhes impõe o mencionado parágrafo. Conclui, assim, que “o quórum que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição”³⁹.

No mesmo sentido, Flávia Piovesan rejeita a ideia de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qualificado de três quintos, previsto pelo texto constitucional. Ela lembra que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, na maior parte dos casos, o quórum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, já que – obviamente – não havia previsão para o procedimento de dois turnos.

³⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 764.

Afirma a referida autora:

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno⁴⁰.

No âmbito jurisprudencial, por outro lado, houve a consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento, em 3 de dezembro de 2008, do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, onde se questionava a possibilidade da aplicação da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto de San José da Costa Rica. Na ocasião, a maioria dos Ministros acompanhou o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que considerou serem os tratados de direitos humanos normas supralegais, estando, portanto, abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

Apesar de definida a posição da Suprema Corte, o referido julgado não encerrou a celeuma no campo doutrinário. A maior parte dos autores que defendia o caráter materialmente constitucional de todos os tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil não modificou sua posição e espera uma mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

José Luis Bolzan de Moraes, por exemplo, em sua obra *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço temporal dos Direitos Humanos*, após referir a inserção do § 3º no artigo 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como a jurisprudência do STF que localizou os tratados internacionais de direitos humanos como normas supralegais, afirma que é necessário perceber o caráter inovador da norma prevista no § 2º do artigo 5º, constituindo-se essa “como cláusula constitucional aberta, pois, a partir dela pode-se construir a hipótese que se assenta na perspectiva de que a mesma atribuiria natureza de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos”⁴¹. Ele faz isso a partir de uma interpretação teleológica e sistemática do texto de 1988, que considera a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como axiomas do fenômeno constitucional, vinculados à legitimidade material da Constituição.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 19.

⁴¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço temporal dos Direitos Humanos*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 117.

Entretanto, está consolidado, até os dias atuais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados com o procedimento análogo ao das emendas constitucionais são normas supralegais⁴².

2.4.2. As Cortes Internacionais e o Duplo Controle

É fundamental, nesse momento, colocar a questão sob o prisma do direito internacional dos direitos humanos. A prática reiterada das Cortes Internacionais é considerar as normas internas – mesmo as normas constitucionais – como “meros fatos”, que expressam a vontade do Estado. Não é reconhecido nem mesmo o caráter jurídico dessas normas. Isso ocorre pois o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas, independentes, em regra, das fontes internas dos Estados⁴³. Desse modo, o direito interno só será utilizado se houver remissão da norma internacional.

De fato, não é difícil perceber que seria praticamente impossível conciliar todas as fontes normativas de todos os Estados que compõem os organismos internacionais e, ainda, as próprias normas criadas em âmbito internacional, a não ser que restasse estabelecida uma rígida hierarquia entre estas e aquelas – o que, ainda assim, não resolveria todos os problemas. Além disso, as leis de um país, bem como seus atos administrativos e suas decisões judiciais,

⁴² Vale frisar que essa não é a posição de todos os ministros da Suprema Corte. No mesmo julgado em que restou definida a atual posição do STF, o Ministro Celso de Mello reavaliou seu próprio entendimento, explicitado em julgados anteriores, sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, para sustentar a existência de um regime jurídico misto, baseado na distinção entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos, conferindo aos últimos hierarquia constitucional. Neste sentido, argumentou: As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (...) É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n.45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2º do art.5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade".

⁴³ André de Carvalho Ramos cita a histórica decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional que estabeleceu que “Do ponto de vista do Direito Internacional e da Corte que é seu órgão, leis locais são meramente fatos que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados, da mesma forma que as decisões legais ou medidas administrativas”. Lembra, ainda, o referido doutrinador que “assim, mesmo a norma constitucional de um Estado é vista não como “norma suprema”, mas como mero fato, que, caso venha a violar norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Mecanismos de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 381.

certamente representam a vontade desse, principalmente quando criadas ou proferidas de acordo com as regras procedimentais previstas em seu ordenamento jurídico.

Todavia, segundo André de Carvalho Ramos⁴⁴, não há qualquer incompatibilidade entre o ordenamento jurídico interno e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Esses direitos estão, na verdade, albergados por um “duplo controle”, em que a validade de qualquer norma deve ser aferida tanto com base na Constituição, sendo a sua guardiã a Suprema Corte, quanto em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, cabendo a última palavra, nesse caso, às cortes internacionais.

Quando, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decide uma questão de forma diversa ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ela o está fazendo com base em um parâmetro diferente da decisão do STF. É evidente que a Suprema Corte nacional também considera em seus julgamentos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico, *justamente* por esses já fazerem parte de nosso ordenamento. Entretanto, os considera normas supralegais, como acima explicitado – exceto, obviamente, aqueles aprovados nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza como parâmetro de validade os tratados internacionais, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, considerando, como já mencionado, as normas internas como meros fatos, inclusive as disposições de ordem constitucional. Repise-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal dá a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos normativos, mas não sobre a sua *convencionalidade*, já que a análise da compatibilidade das leis com os tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, cabe, em última instância, às cortes internacionais. Nisso consiste o duplo controle a que todos os atos normativos estão submetidos em matéria de proteção de direitos humanos.

Poder-se-ia, evidentemente, questionar a compatibilidade com a nossa Constituição – e, conseqüentemente, com o nosso ordenamento jurídico como um todo – da própria possibilidade de uma decisão, proferida por uma corte internacional, considerar a legislação

⁴⁴ Segundo o referido autor, “ adoto a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional). Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.” RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Mecanismos de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 404.

interna e a própria Constituição Federal como meros fatos, para efeitos de responsabilização internacional do país.

A resposta, entretanto, encontra-se no próprio texto constitucional. Inicialmente, a possibilidade firmar tratados internacionais implica, evidentemente, a necessidade de cumpri-los. Além disso, a importância dada à temática dos direitos fundamentais/direitos humanos pela Constituição demonstra que a sua proteção é um valor fundante de nossa ordem jurídica, devendo guiar toda e qualquer interpretação do texto constitucional. Entretanto, a mais evidente demonstração de que inexistente, na Constituição Federal de 1988, qualquer incompatibilidade com o cumprimento de decisões proferidas por cortes internacionais, especialmente relativas à temática dos direitos humanos, é previsão expressa de sua defesa pelo Brasil no ADCT. De fato, prevê o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Não há, portanto, margem para dúvidas: o Brasil não deverá apenas aderir a eventual corte de direitos humanos existente, mas, em sua falta, *propugnar* pela sua criação.

Necessário ressaltar que não há sentido na defesa de posição diversa – ou seja, de que eventual decisão proferida por corte internacional que interprete de forma diversa o conteúdo e alcance de tratado internacional não deve ser cumprida – já que, para provocar as cortes internacionais, é necessário o esgotamento dos recursos internos, tendo em vista ser a subsidiariedade⁴⁵ uma das principais características da jurisdição internacional dos direitos humanos. Assim, se a corte internacional repetisse o que o STF disse, seria inútil, se dissesse o contrário, seria desrespeitada.

Em outras palavras, tendo em vista a necessidade, em regra, de esgotamento dos meios internos para que se abra a possibilidade de provocação das cortes internacionais, o pronunciamento dessas ocorrerá após o esgotamento da jurisdição interna, o que provavelmente incluirá – especialmente em questões conexas aos direitos humanos – a

⁴⁵ A subsidiariedade dos mecanismos internacionais de apuração de violações de direitos humanos consiste no reconhecimento do dever primário dos Estados em prevenir violações a direitos protegidos, ou, ao menos, reparar os danos causados às vítimas, para somente após o seu fracasso, ser invocada a proteção internacional. Por isso, as vítimas de violações de direitos humanos devem, em geral, esgotar os meios ou recursos internos disponíveis para a concretização do direito protegido, para, após o insucesso da tentativa nacional, busca o remédio no plano internacional. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Mecanismos de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 78. Cançado Trindade acrescenta, ainda, que “a regra do esgotamento dos recursos internos dá testemunho da interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno da subsidiariedade, que é implícita, do procedimento internacional”, (p. 55). TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direito Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996, p. 55.

jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Já havendo, portanto, um pronunciamento da Suprema Corte, é evidente que a viabilidade da provocação de uma instância internacional traz consigo a possibilidade de que esse pronunciamento seja diverso do que foi decidido pelo STF no âmbito interno – e, obviamente, a necessidade de cumprimento da decisão proferida em âmbito internacional – sob pena de tornar completamente inócua a jurisdição internacional. Assim sendo, as decisões proferidas pelas corte internacionais devem ser cumpridas, mesmo que sejam contrárias ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Necessário frisar que o reconhecimento da necessidade de cumprimento das decisões proferidas no âmbito internacional, mesmo quando contrariem frontalmente o que foi decidido no âmbito interno pela Suprema Corte, não implica uma fragilização da Constituição Federal. De fato, é possível pensar que, tendo sido uma questão decidida através da jurisdição constitucional do STF, o reconhecimento da validade e da eficácia de qualquer decisão proferida, posteriormente, em sentido contrário, colocaria em cheque a própria supremacia da Constituição. Essa conclusão, todavia, não resiste a uma análise mais atenta do texto constitucional de 1988. Como dito anteriormente, a própria Carta Magna prevê a existência de tratados internacionais de direitos humanos e, mais do que isso, a jurisdição internacional dos direitos humanos.

Não se pode esquecer, ainda, que os direitos fundamentais/direitos humanos constituem um dos alicerces sobre o qual se ergue toda a principiologia constitucional⁴⁶. Assim, o fortalecimento da defesa desses direitos através do reconhecimento da jurisdição internacional de proteção aos direitos humanos, longe de fragilizar a Constituição, auxilia na proteção de um de seus principais valores.

De fato, a negação da validade ou da eficácia, no território brasileiro, de uma decisão proferida por uma corte internacional em matéria de direitos humanos somente pode ser sustentada dentro de uma lógica completamente presa à noção tradicional de soberania – que, como dito acima, nunca chegou a existir da forma como foi desenhada nos modelos teóricos – onde o poder estatal não admite qualquer tipo de questionamento, sendo capaz de definir o conteúdo e o espectro de aplicação de todos os atos normativos, justamente por ser uno, indivisível, inalienável e imprescritível.

⁴⁶ A título de exemplo, pode ser citada a exposição relativa aos direitos fundamentais feita por Gustavo Binbenbojm em obra onde defende que a ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988 tem como principais pilares a democracia e os direitos fundamentais. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

2.5. O GARANTISMO PENAL, O ATIVISMO JUDICIAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Antes de adentrar o contexto histórico do autoritarismo brasileiro, bem como na análise individual dos fenômenos do ativismo judicial e de nosso garantismo penal, é cabível questionar: estariam, nos dias atuais, o garantismo penal praticado no Brasil e o ativismo judicial em sintonia com o contexto internacional até aqui desenhado? A resposta parece ser negativa.

Não é apenas a completa negação de eficácia das decisões proferidas pelos tribunais internacionais que revela uma linha de pensamento conexas a conceitos mais amplos e já bastante questionados. Mesmo entre os que compreendem a relevância da jurisdição internacional, não é incomum que essa seja, ainda, analisada dentro de um conjunto de instrumentos teóricos essencialmente moderno, que relega a um segundo plano as importantes transformações ocorridas no mundo nas últimas décadas.

O garantismo penal, no Brasil, segue essa linha. Inicialmente, é necessário repisar que o garantismo não se limita ao âmbito do Direito Penal e Processual Penal⁴⁷. Todavia, apesar da amplitude do constitucionalismo garantista, os ramos do direito em que o garantismo tem maior repercussão em nosso país são, sem dúvida, o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Ainda que a doutrina produzida em torno do garantismo penal, no Brasil, reconheça a importância dos tratados internacionais e da jurisdição internacional para a efetivação das garantias dos acusados em processos penais ou em investigações criminais, a análise feita por esses doutrinadores ainda é completamente centrada na legislação interna e na Constituição, bem como nos procedimentos da jurisdição nacional, mesmo quando trazem à baila a questão dos pactos internacionais.

Nesse sentido, vale citar a obra de Cezar Roberto Bitencourt⁴⁸. Em seu *Tratado de Direito Penal*, Bitencourt dedica uma parte do capítulo referente à “lei penal no espaço”

⁴⁷ O referido ponto é aprofundado no quarto capítulo da presente dissertação.

⁴⁸ Cezar Roberto Bitencourt é um reconhecido defensor do garantismo penal no Brasil. Necessário destacar, nesse momento, que entendemos que qualquer autor que desenvolva estudos sobre o sistema penal brasileiro no campo da dogmática, exclusivamente ou não, trabalhará dentro de uma perspectiva garantista, tendo em vista que nosso sistema constitucional – e, conseqüentemente, nosso direito penal – é garantista. Considerando, entretanto, que essa posição não é consensual na doutrina brasileira, entendemos ser válido trazer ao debate a posição de autores que defendem expressamente o garantismo penal. A título de exemplo, podemos citar a seguinte passagem, onde Bitencourt afirma que: “[...] é no art. 5o da nossa Carta Magna onde encontramos princípios constitucionais específicos em matéria penal, cuja função consiste em orientar

especificamente ao “controle jurisdicional de convencionalidade das leis”. Nesse subtítulo, o referido autor aborda, obviamente, a possibilidade de controle de validade dos atos normativos produzidos em nosso país tendo como parâmetro os tratados internacionais assinados pelo Brasil. Em nenhum momento, entretanto, é referida a possibilidade de controle por parte de uma corte internacional. De fato, Bitencourt, ao tratar do controle de convencionalidade, trabalha apenas com a possibilidade de realização desse controle pelo Poder Judiciário brasileiro.

Poder-se-ia afirmar que a questão é meramente terminológica, e que o doutrinador não se referiu a decisões proferidas por cortes internacionais por entender que o conceito de controle de convencionalidade engloba apenas o controle interno que utiliza como parâmetro de validade não o texto constitucional, mas sim os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Entretanto, essa interpretação – limitando o alcance do controle de convencionalidade - está longe de ser consensual na doutrina brasileira, como demonstrado anteriormente. Esse fato, associado à quase completa ausência de esclarecimentos sobre o referido ponto na obra, torna duvidoso ser realmente essa a razão de terem sido ignoradas as decisões proferidas por cortes internacionais. Ademais, ainda que seja esse o caso, é sintomático que o autor referido dedique uma parte de sua obra especificamente a analisar o controle de convencionalidade realizado internamente sem fazer uma análise minimamente aprofundada das decisões proferidas pelos tribunais internacionais em qualquer ponto de seu *Tratado*⁴⁹.

Outro aspecto que merece destaque é que Bitencourt afirma, em duas oportunidades apenas no subtítulo mencionado, que o controle de convencionalidade surgiu com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Primeiramente, fazendo expressa referência à obra de Valério Mazzuoli, ele assevera que “esse acréscimo constitucional trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de controle à normalidade interna, até então desconhecida em nosso meio, qual seja, o controle de convencionalidade das leis”⁵⁰. Em um segundo momento, Bitencourt afirma que:

o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista, como veremos nas seguintes epígrafes”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 - Parte Geral, 23ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 52.

⁴⁹ Deve-se excetuar, aqui, o ponto referente ao Tribunal Penal Internacional, ao qual Bitencourt dedica também um subtítulo de seu *Tratado de Direito Penal*. Entretanto, a questão nada tem a ver com a possibilidade do controle de validade de atos normativos com base em tratados internacionais.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 - Parte Geral, 23ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 259.

Sintetizando, a partir da Emenda Constitucional n. 45, a validade de toda lei ordinária está condicionada à dupla compatibilidade vertical material, isto é, deve ser compatível com a Constituição e com os Tratados de Direitos Humanos vigentes no País. Em outros termos, se conflitar com aquela ou com qualquer destes, não terá validade, a despeito de estar vigente: em relação à primeira, por inconstitucionalidade, e, em relação a qualquer destes, por inconvenção, neologismo resgatado por Mazzuoli⁵¹.

É certo, entretanto, que a possibilidade de controle dos atos normativos internos com base nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário não surgiu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, ainda que essa tenha alterado significativamente o ordenamento jurídico pátrio nesse ponto.

Todavia, tendo em vista que a citada emenda trouxe expressamente a previsão de que os tratados internacionais aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, a afirmação de que essa inaugurou, no ordenamento jurídico nacional, o controle de convencionalidade é bastante reveladora. De fato, demonstra um pensamento ainda completamente centrado apenas no texto constitucional, onde é necessária uma *autorização expressa* da Constituição para que seja possível pensar em qualquer interferência no desenho de nosso ordenamento jurídico por um tratado internacional.

Outro conhecido defensor do garantismo penal em nosso país é Aury Lopes Jr. Em sua obra intitulada *Fundamentos do processo penal*, o referido autor explicita, especialmente no primeiro capítulo, o que chama de “fundamento de existência do processo penal”. Nesse, a referência à Constituição é uma constante. De fato, toda a argumentação construída nesse capítulo desenvolve-se em torno da Constituição, a começar pelo primeiro subtítulo, chamado de “Constituindo o processo penal desde a Constituição”. O citado autor inicia seu pensamento afirmando que a primeira questão a ser enfrentada por quem se dispõe a pensar o processo penal contemporâneo é referente ao fundamento da sua existência. Prossegue, então, afirmando que:

Buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais. Noutra dimensão, significa definir qual é o nosso paradigma de leitura do processo penal, buscar o ponto fundante do discurso. Nossa opção é pela leitura constitucional e,

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 - Parte Geral, 23ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 261.

dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais.⁵²

Note-se que Aury Lopes Jr. afirma expressamente a necessidade de buscar uma “lógica do sistema”, capaz de orientar a interpretação e aplicação das normas. Essa necessidade foi suprida de maneira clara e objetiva pelo autor através da referência ao texto constitucional. Fica claro, portanto, que a lógica do sistema, em sua obra, é dada pela Constituição. Frise-se que o autor não ignora, evidentemente, a existência de tratados internacionais. Esses apenas não ocupam uma posição central em seu texto. Ele chega a citar os tratados em algumas oportunidades, inclusive no capítulo referente aos fundamentos do processo penal. Esses servem, todavia, quase que somente como um reforço da defesa desenvolvida sobre valores já presentes no texto constitucional. Ao falar da liberdade individual, por exemplo, ele diz que essa “por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais”⁵³. Posteriormente, ao abordar o poder de intervenção estatal, ele afirma que “nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior”⁵⁴.

A leitura da construção feita pelo citado doutrinador sobre os fundamentos do processo penal não confirma, portanto, a ideia indicada por esse em sua nota à 3ª edição da obra em comento, quando ele coloca, como um dos pilares básicos para a análise dos fundamentos do processo penal, a “filtragem constitucional e de convencionalidade (imprescindibilidade de leitura conforme a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos)”⁵⁵, indicando uma equivalência entre os planos interno e externo.

Os exemplos acima mencionados representam apenas uma pequena amostra de um fenômeno corrente entre os doutrinadores que trabalham dentro da perspectiva do garantismo penal em nosso país. Esses autores, quando baseiam-se também em tratados internacionais, mas com evidente proeminência, em sua abordagem, para a Constituição, ainda estão fazendo uma análise de cunho essencialmente moderno. Repise-se: a tensão entre a territorialidade e a

⁵² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3ª ed., São Paulo. Saraiva, 2017.

⁵³ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3ª ed., São Paulo. Saraiva, 2017, p. 31.

⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3ª ed., São Paulo. Saraiva, 2017, p. 37.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3ª ed., São Paulo. Saraiva, 2017, p. 21. A mesma ideia é repetida no primeiro capítulo da obra, quando afirma o autor que “A luta é pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal. Mais do que isso, é necessário fazer-se um controle judicial da convencionalidade das leis penais e processuais penais” (ibidem, p. 32). Todavia, como dito anteriormente, a construção feita nas páginas que se seguem dão clara ênfase ao aspecto constitucional, utilizando os tratados internacionais majoritariamente como um reforço argumentativo.

mundialidade perpassou todo o período da modernidade. O que caracterizou o período anterior ao que atualmente muitos chamam de *pós-modernidade* – ou, como preferimos, *hipermodernidade* – não foi a completa rejeição do plano internacional, mas sim a notável proeminência do aspecto interno.

Ou seja, esses autores, ao realizar uma apreciação que leva em consideração tanto o aspecto interno quanto o internacional, mas claramente focada no primeiro, desenvolvem uma concepção que apenas aparenta ser hipermoderna – legitimando-se e justificando-se por meio da referência a um contexto internacional que evidentemente se mostra cada vez mais relevante – mas que não altera a estrutura dos fundamentos apresentados para realmente englobar e compreender as transformações do mundo atual.

Seguindo a mesma linha, o ativismo judicial brasileiro está em completa dissintonia com o atual cenário internacional, de notória relativização da soberania e progressiva “eliminação” das fronteiras, ao menos no sentido dado a esses termos durante a modernidade. De fato, no mundo atual, fatos ocorridos em partes distantes do globo são cada vez mais relevantes. Crises em países do oriente, por exemplo, afetam diretamente a vida das pessoas no Brasil, seja em razão de questões migratórias – com relevante repercussão humanitária – ou por causa de oscilações no mercado, que podem determinar a intensa diminuição na importação de determinadas mercadorias e até mesmo a quebra de várias empresas. O direito internacional, evidentemente, não está alheio a isso, existindo um sem-número de tratados transnacionais de cunho comercial, vedando algumas formas de protecionismo e outras medidas que podem afetar empresas de outros países, bem como em matéria de direitos humanos, fixando regras para o tratamento de imigrantes e estrangeiros em diversas situações.

Entretanto, o ativismo judicial praticado no Brasil segue uma racionalidade completamente diversa. Sua íntima conexão com a tradição autoritária brasileira – aprofundada nos capítulos anteriores – lhe dá um caráter tipicamente provinciano. As práticas autoritárias de muitos de nossos juízes remetem, de fato, a uma lógica feudal, onde cada magistrado é o senhor de sua jurisdição, criando seu próprio ordenamento jurídico. Supõem, esses magistrados, cumprir o mandamento constitucional da fundamentação das decisões judiciais⁵⁶ através de argumentos que apenas guardam uma aparência jurídica – e, por vezes,

⁵⁶ Prevê o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 que:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus

nem isso⁵⁷ –, baseados no princípio da livre convicção motivada, já extirpado de nosso ordenamento processual, mas, aparentemente, impregnado de forma indelével na consciência desses agentes públicos.

2.6. CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS

Não há dúvidas sobre a relevância do garantismo penal no cenário jurídico brasileiro, nem sobre a consistência de muitos dos fundamentos defendidos pelos seguidores dessa linha de pensamento. Entretanto, a clara primazia dada à Constituição e à jurisdição interna pelos doutrinadores garantistas pátrios – que utilizam os pactos internacionais e a jurisdição internacional majoritariamente como um reforço argumentativo na defesa dos valores já presentes em nosso texto constitucional – denota que esses ainda estão presos a uma concepção essencialmente moderna.

As referências que esses autores fazem aos tratados internacionais de direitos humanos e às cortes internacionais certamente não são capazes de dar um caráter hipermoderno à sua análise, já que a tensão entre a territorialidade e a mundialidade foi uma constante durante todo o período moderno. Ou seja, o mero reconhecimento do cenário internacional dentro de uma análise completamente centrada no aspecto interno é a materialização do pensamento moderno e não um indício de sua transformação ou radicalização. Essas referências, já que não alteram a estrutura dos fundamentos apresentados, apenas servem como uma legitimação do discurso, que aparenta compreender a complexidade de um cenário de relações internacionais que cada vez mais evidencia a sua relevância.

Vale repisar que não estamos vivenciando, nos duas atuais, propriamente uma transformação de modelo, mas sim a uma mudança de escala – e, possivelmente, de foco –, já que a referida tensão entre o princípio da mundialidade e o da territorialidade está mais intensa nas últimas décadas do que esteve em qualquer outro momento da modernidade e que, pela primeira vez, é possível perceber uma relação de equilíbrio ou até mesmo uma tendência à prevalência das relações internacionais sobre a política interna dos Estados.

advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁵⁷ Cite-se, por exemplo, a sentença proferida no Processo nº: 001/2.12.0089261-3, que tramitou na 1ª Vara Criminal do Foro Regional Tristeza da Comarca de Porto Alegre, onde o magistrado citou, como um dos fundamentos da decisão – a fim de sustentar seu posicionamento sobre direitos humanos –, trecho de entrevista concedida pela atriz Paolla Oliveira à revista *Marie Claire*, onde afirmou que “Direitos Humanos é para quem sabe o que isso significa. Não para quem comete atrocidades de forma inconsequente”. O juiz referiu, ainda, outro trecho da mesma entrevista, onde a atriz assevera que “O sistema é muito frouxo. Tem que haver mais rigidez na punição”.

Ignorar essa questão, realizando construções doutrinárias baseadas na análise dos atos normativos internos – incorporando a essas apenas breves referências aos pactos internacionais e às cortes internacionais –, pode ter consequências bastante deletérias. De fato, essa é uma postura que revela a inadequação de muitos de nossos instrumentos jurídicos para auxiliar na compreensão do mundo atual, já que são produzidos dentro de uma visão de mundo já superada, baseada na inquestionável centralidade estatal e em um conceito já insustável de soberania.

Essa afirmação pode soar estranha, já que, no Brasil, até mesmo a defesa da efetividade das normas constitucionais parece ser uma postura revolucionária, tendo em vista o notório conservadorismo de nossa tradição jurídica. Necessário frisar, entretanto, que o reconhecimento da relevância dos pactos internacionais e da jurisdição internacional em uma análise jurídica não é capaz de diminuir a importância da Constituição, especialmente se considerarmos o ordenamento constitucional pátrio.

De fato, a compreensão de que uma corte internacional pode, com base em um tratado internacional de direitos humanos, proferir uma decisão em sentido diverso da jurisdição interna – e que essa decisão tem eficácia no plano interno –, constitui um legítimo fortalecimento de um dos valores fundamentais da Constituição Federal de 1988, já que robustece a proteção dada aos direitos humanos.

Importante notar que esse conservadorismo de nossa tradição jurídica, há pouco mencionado, encontrou agradável justificativa no ativismo judicial – mesmo que de maneira evidentemente contraditória. Sob o rótulo de “ativistas” e baseados no princípio da livre convicção motivada, muitos magistrados externam uma postura claramente autoritária, deturpando a lei, a Constituição e criando seu próprio ordenamento jurídico.

3. A IMPORTAÇÃO DE CONCEITOS COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DO AUTORITARISMO

Já no século I a.C., Cícero afirmava que a história é a mestra da vida – *Historia magistra vitae*. Quase dois mil anos depois, Marc Bloch, um dos mais proeminentes historiadores do século XX, apresentou lição semelhante, defendendo que a ignorância do passado não se limita a prejudicar a compreensão do presente, já que compromete, no presente, a própria ação⁵⁸. Portanto, estudar a história de um fenômeno – ou de uma instituição, de um país – é uma das melhores formas de compreendê-lo e, quiçá, de alcançar alguma perspectiva para o seu futuro. Desse modo, a fim de entender os fenômenos que atualmente ocorrem no Brasil, é necessário contextualizá-los, colocá-los dentro de uma perspectiva histórica que analise, ainda que brevemente, as condições de surgimento e desenvolvimento das ideias e das condições materiais que lhes deram origem.

Desse modo, depois de estabelecer a conexão do ativismo judicial e do garantismo penal com a crise do Estado Moderno – ainda que, em nosso país, aqueles fenômenos se apresentem de forma bastante peculiar – faz-se mister traçar um breve histórico de algumas teorias e, de uma maneira geral, conceitos que para o nosso território foram importados, mas que aqui assumiram um novo significado.

Necessário ressaltar que a análise feita no presente capítulo não será de cunho comparatista. Não é, portanto, seguida a linha de autores que trabalham dentro de uma perspectiva de direito comparado, como a de Günter Frankenberg ou a de Alan Watson – ou, mesmo, a abordagem crítica à obra desse elaborada por Pierre Legrand. O enfoque aqui proposto é eminentemente histórico e sociológico, sendo investigados os reais objetivos dos grupos nacionais que promoveram as importações de conceitos e teorias para o território nacional.⁵⁹

⁵⁸ BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 63.

⁵⁹ Sobre os autores mencionados, ver, especialmente, FRANKENBERG, Günter. *Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative*. International journal of constitutional law, Vol. 4, n. 3, 2006, p. 439-459, WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*. 2ª. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993, e LEGRAND, Pierre. *A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014.

Cabe pontuar, ainda, que a presente incursão histórica tem por objetivo justamente trazer ao presente estudo os elementos mínimos para que se possa compreender a associação feita entre o ativismo judicial e o garantismo penal e a tradição autoritária brasileira, lembrando que a concepção de ativismo aqui adotada é aquela dada pela Crítica Hermenêutica do Direito⁶⁰. Já no que se refere ao garantismo penal, a crítica que será tecida no capítulo final refere-se à *práxis* desse em nosso país. Em outras palavras, o caráter de autoritarismo e desigualdade do garantismo brasileiro é revelado pelo seu funcionamento inadequado, que distancia muito sua prática de seus preceitos teóricos.

No Brasil, diferentemente do que ocorre na maioria dos países europeus, parte substancial das instituições que aqui existem ou já existiram não surgiram entre nós e evoluíram gradativamente, com o passar dos séculos. Elas foram estresidas de outras nações. Este fenômeno, obviamente, é bastante comum nos países colonizados. As ideias que conduziram às transformações que ocorreram em nosso território foram, em sua maioria, importadas de países economicamente mais desenvolvidos, sem uma verdadeira preocupação com a viabilidade de sua adaptação à realidade local.

Inicialmente, é necessário ressaltar que mesmo a transplantação de conceitos e instituições, não é, em si, algo necessariamente negativo, sendo, de fato, um expediente comum em todos os contextos coloniais. Guerreiro Ramos afirma que essas transplantações possibilitaram que saltássemos várias etapas de desenvolvimento, alcançando a articulação de um território sobre o qual se distribuíam várias tribos na idade da pedra com o plano da história europeia. Apenas o crescimento vegetativo não poderia proporcionar essa integração em um período tão curto de tempo. Desse modo, “a transplantação foi um expediente historicamente necessário para que se tornasse possível, a seu tempo, a nação brasileira”⁶¹.

Explica o mencionado autor que foi a Independência, em 1822, que apresentou pela primeira vez aos nossos quadros dirigentes o problema da formação nacional, já que as instituições aqui instaladas graças ao período colonial tinham um claro propósito explorador e fiscal, sendo necessário, portanto, um esforço de criação nacional.

Mesmo que, nesse contexto, alguns tenham se inclinado para a tentativa de criação de instituições adequadas às circunstâncias peculiares de nosso país, teve mais força a corrente que pregava a importação de modelos, segundo a qual a resolução dos problemas nacionais estaria garantida ou encaminhada pela instalação, entre nós, das instituições vigentes nas principais potências da época. Não é estranho, portanto, que alguns, “como

⁶⁰ Essa concepção será detalhada no capítulo seguinte.

⁶¹ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 273.

Salles Torres Homem (o famoso Timandro do Libelo do Povo), advogassem a reprodução aqui das instituições francesas, enquanto outros, como Tito Franco de Almeida, procurassem modelos na democracia inglesa ou norte-americana”⁶².

A sociedade brasileira não pôde, ao longo de seu desenvolvimento, furtar-se à influência da cultura das sociedades dominantes na civilização ocidental. Este condicionamento cultural esteve, sem dúvida, estreitamente ligado ao imperialismo econômico, já que uma das principais características da economia brasileira foi, ao longo de nossa história, sua profunda vinculação ao mercado externo. Caio Prado Júnior, ao falar sobre a posição brasileira no contexto do capitalismo internacional, afirma ser a nossa economia um setor periférico desse, de onde vêm todos os impulsos e freios que comandam o seu comportamento. Por isso, são empregados aqui conceitos e toda uma terminologia inspirada na realidade dos países centrais, tendo como um de seus principais objetivos disfarçar as contradições do sistema capitalista, como a que impõe às economias periféricas uma situação de dependência e subordinação⁶³.

No Brasil, os movimentos aparentemente reformadores partiram quase sempre de cima para baixo. Não representaram os anseios populares de um determinado momento de nossa evolução histórica. Foram, sim, apenas rearranjos nas estruturas de poder promovidas pelos próprios setores dominantes de nossa sociedade. Nesse sentido, esclarece Sérgio Buarque de Holanda que “Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade”⁶⁴.

Carecendo a sociedade brasileira de pautas institucionais suficientemente dotadas de conteúdo consuetudinário, os grupos e facções eram forçados a apelar para as fórmulas feitas, as quais, na verdade, instrumentalizavam segundo os seus propósitos:

O observador estrangeiro que examinar a trajetória das idéias políticas que caracterizam os diversos momentos de nossas transformações de classe constatará que elas são, invariavelmente, tomadas da Europa e algumas vezes dos Estados Unidos. Alguém viu nisso um flagrante do "espírito de imitação" do brasileiro. Entretanto, do ponto de vista sociológico, aquelas idéias só podem ser corretamente explicadas tendo em vista a sua funcionalidade. As doutrinas, na luta partidária no Brasil, tem servido para camuflar as interações e os propósitos, e a compreensão do seu sentido existencial e não meramente lógico requer que o analista as transcenda, apreciando as conexões objetivas dos que delas se utilizam.⁶⁵

Analisemos mais detidamente alguns desses conceitos.

⁶² RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 275.

⁶³ PRADO JÚNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*, 30ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 262.

⁶⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 160.

⁶⁵ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 75.

3.1. LATIFÚNDIO E DOMINAÇÃO: A “SOBERANIA POPULAR” NO IMPÉRIO E NA REPÚBLICA

Quando, por exemplo, a nossa classe latifundiária se empenha na luta pela independência do país, apela para as ideias em voga na Europa, sem que, no entanto, convirjam as condições materiais locais e as que se apresentam naquele continente. De fato, os legisladores nacionais que elaboraram, em 1823, um projeto de Constituição, inspiraram-se nas instituições de países europeus. Foram amplamente utilizados princípios filosóficos presentes em uma das obras que mais inspiraram os pensadores da Revolução Francesa de 1789, *O Contrato Social*, de Rousseau. Entretanto, essas ideias refletiam, na França, os anseios do Terceiro Estado, notadamente da burguesia, contra os privilégios da nobreza feudal, situação diametralmente oposta à encontrada em nosso país, onde eram os grandes proprietários rurais que se insurgiam contra a burguesia mercantil portuguesa.

Sobre o tema, explica Caio Prado Junior que houve foi apenas uma coincidência dos meios a serem empregados para fins diversos. O problema dos legisladores brasileiros era a necessidade de substituição das restrições políticas e econômicas do regime colonial pela estrutura de um estado nacional, enquanto que “as ideias centrais dos sistemas políticos e filosóficos que orientam a revolução do Velho Mundo eram justamente estas: liberdade econômica e soberania nacional. Adotaram-nas, por isso, os constituintes de 1823”⁶⁶. Importante lembrar, ainda, que a maior parte de nossos intelectuais havia se formado com base na filosofia francesa do século XVIII, o que tornava evidente o modelo a ser adaptado.

Desse modo, na falta de um sistema original, que não estavam em condições de produzir, os nossos constituintes utilizaram-se da produção intelectual europeia para dar legitimidade ao sistema político que foi aqui estruturado. Este é um aspecto fundamental a ser abordado. Mesmo que muitos tenham visto simples ingenuidade na importação de modelos prontos das nações desenvolvidas, uma análise mais aprofundada não deixa dúvidas. Nossas elites, em diversos momentos ao longo da história brasileira, se aproveitaram de um arsenal teórico já ideologicamente justificado para defender seus próprios interesses, que eram profundamente diferentes daqueles que embasaram as referidas teorias em seus países de origem.

⁶⁶ PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil: Colônia e Império*. 13ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 53. Importa destacar que, como será mencionado adiante, a Constituinte de 1823 foi dissolvida, tendo sido, em seguida, outorgada a Constituição de 1824.

Importa citar, nesse sentido, a crítica feita por Guerreiro Ramos a Oliveira Viana – autor cuja obra será analisada mais detidamente subtítulo referente ao Estado Novo. Este afirmara que nossas elites teriam acreditado na eficácia imanente de teorias e instituições europeias e norte-americanas, e as transplantaram para o nosso país por estarem convencidas dos seus efeitos positivos, fenômeno o qual denominara de “idealismo utópico”. Todavia, Ramos assevera que:

Parece, entretanto, que Oliveira Viana viu aqui meia verdade; não a verdade toda. Isto porque aquela conduta inquinada de idealista-utópica foi, muitas vezes, menos decorrência de uma imitação voluntária do que um expediente pragmático a que tiveram imperativamente de recorrer a fim de racionalizar ou justificar interesses e reivindicações de grupos e facções atrelados a tendências nem sempre ilegítimas da sociedade nacional⁶⁷.

Ao longo de toda nossa história, foram trazidos de outras nações complexos sistema de preceitos, sem saber até que ponto estes se adaptariam às condições da vida brasileira e sem pensar nas mudanças que a realidade local lhes imporia.

A própria ideia de democracia faz parte desse processo. Importamos o ideal de soberania popular de nações em que o desenvolvimento material e cultural encontrava-se em um nível completamente diverso. De fato, em uma nação cuja independência havia sido recém proclamada e que herdara uma estrutura econômica e social de uma colônia de exploração, onde, enfim, nem estava muito bem formada uma ideia de cidadania, falar-se em soberania popular era certamente algo que escapava completamente à realidade social.

Não obstante, a Constituição de 1824 já dispunha, ao tratar da divisão dos poderes, que “Todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação”. Ademais, previa a existência de eleições para a escolha de representantes, apesar de ter adotado o voto censitário. Ou seja, nosso primeiro texto constitucional já expressava a ideia de que o poder emana do povo. Entretanto, os motivos que levaram a serem incluídas tais disposições na carta magna nada têm a ver com as transformações sociais que motivaram a criação de tais institutos na Europa. Frise-se, ainda, que a prática política nacional no período – a violência nas eleições, os currais eleitorais, o voto de cabresto, as fraudes – demonstram que a participação popular era apenas um elemento legitimador, enquanto o povo continuava submisso às autoridades locais.

Ainda que, durante o império, uma parcela substancial da população votasse, os eleitores eram convocados às eleições pelos patrões, pelas autoridades do governo, pelos

⁶⁷ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 79/80.

juizes de paz, pelos delegados de polícia, pelos párocos, pelos comandantes da Guarda Nacional. Segundo José Murilo de Carvalho, a luta política era intensa e violenta, já que “o que estava em jogo não era o exercício de um direito de cidadão, mas o domínio político local. O chefe político local não podia perder as eleições. A derrota significava desprestígio e perda de controle de cargos públicos”⁶⁸. Esses cargos podiam incluir os de delegados de polícia, coletor de rendas e juiz municipal, dentre outros. Era necessário, portanto, mobilizar o maior número possível de pessoas para vencer as eleições.

Existiam, ainda, nas eleições do período imperial, algumas figuras que merecem destaque. Os chamados “cabalistas” eram os responsáveis pela inclusão do maior número possível de partidários de seu chefe na lista de votantes. Sendo o voto censitário, o ponto fundamental para a inclusão do votante era a renda. Entretanto, a lei não dizia como esta devia ser demonstrada. Cabia, assim, aos cabalistas, comprovar que o pretense eleitor tinha a renda legal, normalmente pagando alguma testemunha para confirmar a suposta condição financeira deste. Existiam também os “fósforos”. Estes estavam encarregados de apresentar-se no local das votações quando o eleitor alistado não podia comparecer por qualquer motivo – inclusive por já estar morto –, fazendo-se passar pelo votante. Os bons fósforos podiam votar várias vezes em diversos locais, contanto que conseguissem convencer os integrantes das mesas eleitorais. Havia, ainda, os capangas eleitorais, responsáveis pela parte mais truculenta do processo. Sua função era proteger os partidários de seus chefes e, principalmente, amedrontar os eleitores dos adversários, evitando que estes comparecessem à eleição⁶⁹.

Essa situação fez com que Sérgio Buarque de Holanda afirmasse que “a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido”, já que “uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas”⁷⁰.

Fica claro, portanto, que o conceito de democracia foi trazido para o nosso país, onde adquiriu contornos totalmente diferentes daqueles que possuía em sua origem, no mundo antigo, ou na Europa moderna. Durante o segundo reinado, o partido liberal, que, de acordo com Raimundo Faoro, estava “comprometido, no nascedouro, com a idéia da soberania popular – partido mais democrático que liberal –, expurga-se, depois da experiência regencial,

⁶⁸ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 33.

⁶⁹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 34-35.

⁷⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 160.

de seus ramos republicanos, sem desviar-se das origens”⁷¹. No entanto, afirma o referido autor que a soberania do povo, para este partido, passou a se concentrar na defesa da emancipação do município e da província.

Frise-se, ainda, que este partido, em tese estava comprometido com as idéias de democracia e de soberania popular, na verdade tinha uma prática política que dificilmente poderia ser chamada de democrática, já que estava inserido em um contexto político onde as eleições claramente não representavam os desígnios do povo:

O sistema se apoiava sobre pés de barro frágil, todos sabiam que as eleições pouco tinham a ver com a vontade do povo. O tifo eleitoral, na palavra de um marquês e senador, não passa de uma comédia, onde a opressão das classes miseráveis do interior e a violência das autoridades levam aos pés da cora números e nomes, todos tão falsos como o gesto de depor nas urnas cativas o voto escravizado. (...) Daí, das eleições inautênticas, dos partidos formados pelos grupos sem raízes populares, estamentalmente autônomos, projeta-se sobre o país a vontade augusta, o imperialismo, refugiado constitucionalmente no poder moderador, tenazmente vivo.⁷²

O período imperial de nossa história, especialmente interregno conhecido como “Segundo Reinado” é considerado por muitos como uma Monarquia Constitucional. No entanto o conceito de Monarquia Constitucional também foi subvertido em nosso país. Diferentemente da ideia tradicional - forjada nos países europeus, especialmente após a queda dos regimes absolutistas - de um sistema político que reconhece um monarca como chefe do Estado, mas onde existe uma constituição que limita os poderes deste monarca, no Brasil - por mais inusitada que seja essa ideia do ponto de vista da ciência política - existia uma constituição, mas o imperador estava acima dela. De fato, a Constituição de 1824 previa, em seu artigo 98, que “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos” e complementava, ainda, em seu artigo 99: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Esse modelo de “monarquia constitucional”, onde há a precedência do monarca sobre a constituição, subverte completamente a lógica de qualquer modelo constitucional, em

⁷¹ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13ª ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 342.

⁷² FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13ª ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 342/343.

um sistema onde, como reconhece Faoro, “o imperador, antes que a constituição o sagra-se, já estava reconhecido pela nação e designado seu defensor perpétuo”⁷³.

A ideia de República, em nosso país, também seguiu a mesma lógica até aqui apresentada. Institucionalmente, a monarquia não resistiu ao fim da escravidão, dando lugar a uma reordenação política de forma republicana, dirigida inicialmente por líderes militares provenientes do Império e, posteriormente, por chefes de caráter patriarcal. Todavia, durante toda a república velha, não houve alteração substancial na racionalidade que regia os processos eleitorais. As eleições continuavam sendo controladas por aqueles que dominavam a força de trabalho e, conseqüentemente, o eleitorado. Tratava-se uma república-fazendeira, em que o poder econômico, bem como o poder político, eram exercidos pelo mesmo patronato do período anterior. Nas palavras de Darcy Ribeiro, “os antigos barões se tornaram senadores e os filhos dos fazendeiros, graduados bacharéis, se fazem deputados, compondo governos formalmente republicanos, mas nos quais o único eleitor era o coronel-fazendeiro com votos multiplicados pelo número de seus dependentes”⁷⁴.

Não houve, portanto, na proclamação da República, qualquer intenção de alargamento da base eleitoral ou de inauguração de uma efetiva participação popular no processo de escolha dos representantes, ainda que seus propagandistas, especialmente aqueles que se inspiravam nos ideais da Revolução Francesa, afirmassem que esta “deveria representar a instauração do governo do país pelo povo, por seus cidadãos, sem a interferência dos privilégios monárquicos”⁷⁵. A própria proclamação da República foi um movimento levado a cabo por um número limitado de indivíduos, que muitos populares acreditaram ser apenas mais um desfile militar, conforme afirmou Aristides Lobo, em artigo publicado no jornal *Diário Popular*, no dia 18 de novembro de 1889: “O povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava. Muitos acreditaram seriamente estar vendo uma parada”⁷⁶.

Holanda chega a afirmar que a ideologia impessoal do liberalismo democrático, uma das fontes de inspiração do movimento republicano, jamais se naturalizou em nosso país e que

⁷³ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13ª ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 363.

⁷⁴ RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros: Teoria do Brasil*. 10ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 105.

⁷⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 40.

⁷⁶ A íntegra do artigo mencionado está disponível no endereço eletrônico <https://imagensehistoria.wordpress.com/tema-1-republica-velha/carta-de-aristides-lobo/>, acesso em 11/02/2018.

só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda, cofirmando nosso instintivo horror às hierarquias⁷⁷.

Deve-se ter em vista, portanto, a clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e criada na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro, ajustado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial:

Nesses países [Inglaterra, França e Estados Unidos], o liberalismo foi a doutrina política libertadora que representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo, tornando-se conservadora à medida que a burguesia se instala no poder e sente-se ameaçada pelo proletariado. Já no Brasil, o liberalismo expressaria a necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias, processo esse marcado pela ambiguidade da junção de formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico, ou seja, a discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas.⁷⁸

O modelo liberal norte-americano, que influenciou profundamente a Constituição de 1891, se atendia aos interesses dos proprietários rurais, tinha sentido profundamente diverso daquele que teve nos Estados Unidos. Lá, segundo Hannah Arendt, a revolução viera antes, estava na nova sociedade igualitária formada pelos colonos, já que “o estado de pobreza estava ausente do cenário americano, mas presente em todos os lugares do mundo”. A preocupação com a organização do poder era antes consequência da quase ausência de hierarquias sociais⁷⁹. Já em nosso país, a situação era completamente diferente. No Brasil, não existira revolução prévia: “Apesar da abolição da escravidão, a sociedade caracterizava-se por desigualdades profundas e pela concentração do poder. Nessas circunstâncias, o liberalismo adquiria um caráter de consagração da desigualdade, de sansão da lei do mais forte⁸⁰”.

É muito comum ouvir-se a afirmação de que o primeiro período republicano, em relação ao império, trouxe uma diminuição no número de eleitores. Na verdade, esta diminuição é resultado da reforma eleitoral de 1881. Todavia, é fato que o novo regime não trouxe nenhuma alteração substancial ao sistema eleitoral então vigente. A Constituição republicana de 1891 eliminou a exigência da renda de 200 mil-réis – que não era muito alta para a época –, mas manteve a exclusão dos analfabetos, principal barreira ao voto no

⁷⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 160.

⁷⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75-76.

⁷⁹ ARENDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Ática em coedição com a Universidade de Brasília, 1988, p. 54.

⁸⁰ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 25.

período, bem como das mulheres, mendigos, soldados e membros de ordens religiosas, nos termos do artigo 70 do texto constitucional mencionado⁸¹.

Além disso, como dito acima, foram mantidas as mesmas práticas eleitorais que existiam no império. Segundo José Murilo de Carvalho, não havia eleição limpa, já que continuaram a atuar os cabalistas, os capangas, os fósforos, etc., bem como as eleições “a bico de pena”. A soma destes dois elementos – a diminuição no número de eleitores e a manutenção das fraudes e da coação dos eleitores –, levou o referido autor a afirmar que a República Velha se parecia muito com a república dos Bruzundangas, da obra de Lima Barreto, onde os políticos práticos tinham conseguido quase totalmente eliminar do aparelho eleitoral este “elemento perturbador – o voto”⁸².

3.2. O POSITIVISMO E A PRODUÇÃO INTELECTUAL

Uma das teorias que teve maior aceitação no Brasil, principalmente no início do período republicano, foi o positivismo. Basta lembrar que a abreviação de um de seus lemas está estampada, até hoje, em nossa bandeira nacional. Holanda tenta explicar o sucesso desta matriz teórica entre nós através do repouso que permitem ao espírito as definições imperativas e irresistíveis do sistema de Comte. O mundo, no imaginário de nossos positivistas, acabaria irrevogavelmente por aceitá-las, porque eram racionais e porque sua perfeição não podia ser posta em dúvida por qualquer pessoa de bom senso. O mobiliário científico legado por Comte bastaria para que se atendesse em todos os tempos e em todos os lugares a semelhantes necessidades⁸³.

Wolkmer afirma que o apelo cientificista do positivismo surgia como discurso hegemônico e uniforme, identificado com os interesses emergentes da burguesia urbana liberal e com as novas aspirações normativas da formação socioeconômica brasileira trazida pela República⁸⁴. Holanda, todavia, afirma que o instinto essencialmente negador de nossos

⁸¹ Art 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

1º) os mendigos;

2º) os analfabetos;

3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.

§ 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.

⁸² CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 41-42.

⁸³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 158.

⁸⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 130.

positivistas impediu-os de inspirarem qualquer sentido construtivo aos nossos negócios públicos. As virtudes que muitos deles ostentavam – probidade, sinceridade, desinteresse pessoal – não eram forças com que lutassem contra a maioria dos políticos, estes, mais ativos e menos escrupulosos. Conclui o mencionado autor que:

Não existiria, à base dessa confiança no poder milagroso das ideias, um secreto horror à nossa realidade? No Brasil, os positivistas foram sempre paradoxalmente negadores. Não eram positivos – pode dizer-se – em nenhum dos sentidos que a essa palavra atribui Augusto Comte em seu Discurso sobre o espírito positivo. Viveram narcotizados por uma crença obstinada na verdade de seus princípios e na certeza de que o futuro os julgaria, e aos seus contemporâneos, segundo a conduta que adotassem, individual e coletivamente, com relação a tais princípios.⁸⁵

No mesmo sentido, afirma Gilberto Freyre, sobre alguns dos positivistas ditos “científicos”, que influenciaram na formação da república no Brasil, como Benjamin Constant, Martins Júnior e Pereira Barreto, que quase sempre foram prejudicados pelo que chamou de “delicadeza” no seu comportamento na vida pública: “a ‘delicadeza’ que vinha, talvez, de seu modo intelectualista de procurar fazer política ou apenas nela influir. Desse intelectualismo resultaria seu fracasso na parte mais crua da atividade política”⁸⁶.

José Murilo de Carvalho, por seu turno, apresenta uma visão mais otimista da atuação dos positivistas brasileiros. Não deixa, todavia, de apontar as contradições existentes no núcleo dos seguidores de Comte em nosso país. A primeira é a atração exercida pelo positivismo, no Brasil, sobre os militares, apesar do fato de que, de acordo com as teses positivistas, um governo militar seria um retrocesso social⁸⁷.

Além disso, os positivistas ortodoxos, além dos militares, representavam um setor específico da classe média, o setor técnico científico, composto por médicos, engenheiros, matemáticos, etc. Desse modo, tinham mais afinidade com o littréismo – corrente do positivista Emile Littré – do que com o comtismo. Miguel Ramos, um dos líderes dos positivistas ortodoxos em nosso país, tentava, contudo, mobilizar esta “contra-elite” empregando os instrumentos da segunda fase do pensamento de Comte, inclusive as práticas religiosas, por lhe parecerem mais adequadas para formar um grupo de militantes mais coeso e disciplinado. Como se poderia esperar, essa postura gerou diversos choques, levando vários

⁸⁵ Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 159.

⁸⁶ FREYRE, Gilberto. *Ordem e Progresso*. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959, p. 25.

⁸⁷ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 27-28.

membros da Sociedade Positivista a se afastar, por não aceitaram a nova orientação. Entre eles, estavam importantes líderes republicanos, como Silva Jardim e Benjamin Constant⁸⁸.

É necessário frisar, porém, que as desavenças não se restringiam à questão religiosa, não sendo sequer este o aspecto principal. O maior problema era convencer os seguidores a afastarem-se dos empregos públicos. A posição de Comte sobre essa questão era clara. Ele afirmara no *Apelo aos conservadores* que, durante a fase de transição para a sociedade normal, tanto os positivistas teóricos quanto os práticos deveriam limitar-se à influência consultora, mesmo quando postos de direção fossem oferecidos. Entretanto, em um país em que a procura do emprego público era intensa, declinar de posições de poder era “quase um ato de heroísmo cívico”⁸⁹.

Desse modo, as virtudes citadas por Holanda – probidade, sinceridade, desinteresse pessoal – como características de muitos positivistas, estavam sendo impostas como um dever moral a todos os adeptos, o que não foi, repise-se, bem aceito por grande parte deles. A razão para esta rejeição é clara: o positivismo, a exemplo de outras correntes ideológicas já citadas, era, para muitos de seus simpatizantes, apenas mais uma teoria que servia para justificar certos aspectos de nossa realidade social, ou mesmo para explicar a necessidade de algumas mudanças, mas somente até o ponto que fosse interessante para aqueles que o adotavam. Poucos estavam dispostos a fazer sacrifícios em nome dos ideais expostos e, estes, nunca tiveram força política suficiente para alterar significativamente o quadro já desenhado de nossas instituições.

No entanto, a importação de ideias ao longo de nossa história não ficou apenas no plano institucional. Ela alcançou, de fato, todo o nosso desenvolvimento intelectual. É claro que, ao tempo da Independência, as ciências estavam em um nível de desenvolvimento bastante diferente do atual. Nesse sentido, nos lembra Ramos que, em 1822, dentre as ciências sociais apenas a economia já tinha sido criada, não sendo a referida disciplina naquela época mais que um sistema de conceitos e leis dos países europeus na fase particular do capitalismo em que estavam. Só posteriormente se deram conta os economistas da historicidade dos conceitos e das leis econômicas. Quanto à sociologia, só na década de 1830 surgiu a palavra e, pode-se dizer, veio atingir o nível científico ou a livrar-se de etnocentrismos e de resíduos

⁸⁸ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 138.

⁸⁹ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 139.

ideológicos apenas décadas depois. Além disso, não tínhamos aqui nenhuma tradição de pensamento, pois faltavam as condições materiais necessárias para tanto⁹⁰.

Já em 1888, Silvio Romero tinha claramente a percepção de que faltava originalidade à produção intelectual brasileira. Afirmava o mencionado autor que a nação brasileira não tinha uma forma própria, uma individualidade característica, nem política nem intelectual. Todas as nossas escolas limitavam-se, em geral, a comentar as teorias produzidas na Europa, muitas vezes, em segunda ou terceira mão. Mesmo os nossos maiores talentos restringiam-se a imitar algum modelo estrangeiro⁹¹.

Os teóricos nacionais seguiram, desse modo, a mesma linha de nossos dirigentes, importando teorias na tentativa de explicar a realidade local. Existia, portanto, a ideia de que quanto mais afinado com o discurso em voga na Europa fosse a obra produzida maior seria a sua qualidade e, assim, a capacidade de compreensão do autor. Nessa esteira, lembra Guerreiro Ramos que os sociólogos brasileiros sempre estiveram dispostos a adotar literalmente o que se apresentava como mais avançado nos centros europeus e norte-americanos. Assim, ao longo do tempo, a nossa sociologia se transformou no mesmo ritmo das mudanças que ocorreram nos estudos sociológicos norte-americanos e europeus. Explica, ainda, o referido autor, falando especificamente sobre a disciplina sociológica, que o simetrismo e o sincretismo tornaram-se mais nítidos desde que começaram a ser editados, no Brasil, compêndios de sociologia. Em todos eles, apresentam-se justapostos os sistemas europeus e norte-americanos, na suposição de que existe uma verdade sociológica resultante da "conciliação" das várias correntes. Esse processo, aliás, estendeu-se a toda a produção cultural brasileira, sendo essa dominada pela adaptação de ideias europeias⁹².

De fato, é marcante o sincretismo entre as diferentes linhas de pensamentos que são importadas pelos intelectuais nacionais, pois esses estão sempre dispostos a fazer aqui a conciliação de doutrinas que são consideradas incompatíveis nos próprios países de origem. Além de Guerreiro Ramos, Sérgio Buarque de Holanda também destaca esse fenômeno, afirmando que:

É frequente, entre os brasileiros que se presumem intelectuais, a facilidade com que se alimentam, ao mesmo tempo, de doutrinas dos mais variados matizes e com que sustentam, simultaneamente, as convicções mais dispares. Basta que tais doutrinas e convicções se possam impor à imaginação por uma roupagem vistosa: palavras bonitas ou argumentos sedutores. A contradição que porventura possa existir entre

⁹⁰ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 274-275.

⁹¹ ROMERO, Silvio. *História da literatura brasileira*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 40.

⁹² RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 38-39

elas parece-lhes tão pouco chocante, que alguns se alarmariam e se revoltariam sinceramente quando não achássemos legítima sua capacidade de aceitá-las com o mesmo entusiasmo. Não há, talvez, nenhum exagero em dizer-se que quase todos os nossos homens de grande talento são um pouco dessa espécie. (HOLANDA, 2007, p.155)

Fica claro, portanto, que ao longo da história brasileira, nossa produção intelectual foi profundamente influenciada por modelos estrangeiros. Nenhum problema haveria nisto caso os conceitos importados fossem aqui repensados e adaptados à nossa realidade. Porém, este não foi, durante muito tempo, o procedimento da maioria de nossos intelectuais. Na escolha das teorias utilizadas o que interessava não era a coerência do argumento e sim a autoridade do mesmo. Ainda que as doutrinas importadas pouco ou em nada ajudassem a compreender a realidade brasileira, ou mesmo que tivessem sido deixadas de lado todas as adaptações necessárias à sua aplicabilidade à nossa sociedade, o que importava é que o pensamento era oriundo de algum autor aclamado nos centros culturais do mundo.

3.3. ARGUMENTOS JUSTIFICADORES DO AUTORITARISMO NO ESTADO NOVO: A “DEMOCRACIA AUTORITÁRIA”

É necessário, nesse momento, aprofundar um ponto ligado diretamente à nossa história constitucional. Como mencionado anteriormente, a trajetória de nossos textos constitucionais já se iniciou com um marco autoritário: uma constituição outorgada. Sobre o movimento que levou à outorga da Carta de 1824, Faoro afirma que houve uma desvinculação de sua cor reivindicatória e, entre a democracia e a liberdade, optou-se pela última: “O esquema procurará manter a igualdade sem a democracia, o liberalismo fora da soberania popular”⁹³. A nossa independência marcou o rompimento do vínculo político permanente que havia com Portugal e não o fim das estruturas de dominação que existiram durante todo o período colonial. Nossa primeira constituição conseguiu, de algum modo, representar essa realidade.

Ainda que, obviamente, tenham existido textos mais abertos mesmo antes da Constituição de 1988, como as Constituições de 1934 e de 1946, o fato é que o autoritarismo tem estado, ao longo de nossa história, muito mais presente do que qualquer valor verdadeiramente democrático.

⁹³ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13ª ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 331.

Uma das principais demonstrações desse fenômeno foi justamente a tentativa de legitimar o autoritarismo na própria ideia de democracia, no período do Estado Novo, sustentando que esse regime configuraria uma “democracia autoritária”.

De fato, os intelectuais ligados ao Estado Novo definiam esse regime como uma “democracia autoritária”, em oposição ao modelo até então vigente, que denominavam de “democracia liberal”. Desse modo, os mencionados intelectuais não negavam o caráter centralizador, autoritário e nacionalista do Estado Novo, mas buscavam justificar o regime através da diferenciação dos conceitos de liberalismo e democracia, definindo esta a partir de “princípios ditos realistas e adequados à realidade nacional”⁹⁴. Por outro lado, o governo se caracterizaria como “democrático” em razão da garantia dos direitos do cidadão e pelo apelo direto do Presidente à opinião pública, por meio de suas corporações⁹⁵.

O primeiro desses intelectuais a ser mencionado é o jurista mineiro Francisco Luís da Silva Campos. Esse foi o responsável por redigir a Constituição de 1937, desenvolvendo um modelo de constitucionalismo antiliberal, semelhante ao que pode ser extraído da *Verfassungslehre* de Schmitt. A Constituição de 1937 tinha como duas de suas características fundamentais a adoção de instrumentos jurídicos análogos ao modelo schmittiano e a condução das massas, sendo esse um elemento central na organização do poder político. Esse último aspecto está intimamente conectado à produção intelectual de Campos na área da sociologia, onde realizou uma apreciação detalhada do advento da sociedade de massas. Ele foi, enfim, o responsável por traduzir em instituições as aspirações políticas de Getúlio Vargas, definindo os instrumentos jurídicos antiliberais implicados na construção de um Executivo forte e centralizador.⁹⁶

Assim, de acordo com Rogerio Dutra dos Santos, Francisco Campos dedicava-se a construir um conjunto de argumentos que legitimasse a nova Constituição. Este sustentava que a vontade dos povos se forma a partir da constante excitação das paixões e, conseqüentemente, que as instituições políticas liberais não passam de ingenuidade e anacronismo. Em razão disso, seu “novo Estado de massas” funcionaria através do apelo ao carisma de um líder. Entretanto, o ponto fulcral de sua abordagem é a relação entre tempo e política. A crítica que o constitucionalismo antiliberal de Francisco Campos dirige ao liberalismo vai no sentido de que o processo decisório parlamentar não acompanha a dinâmica

⁹⁴ ABREU, Luciano Aronne de. *Autoritarismo e Democratismo: uma leitura do Estado Novo*. IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre, p. 3.

⁹⁵ ABREU, Luciano Aronne de. *Autoritarismo e Democratismo: uma leitura do Estado Novo*. IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre, p. 8.

⁹⁶ SANTOS, Rogerio Dutra dos. *Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº 2, p. 281-323, 2007, p. 285.

temporal contemporânea. A solução apontada foi a de adequar as instituições públicas às exigências do tempo pela via da exceção.⁹⁷

O descompasso entre a (falta de) velocidade do processo legislativo e as transformações cada vez mais rápidas das sociedades contemporâneas é um apontamento comum em trabalhos realizados, nas últimas décadas, nas áreas da sociologia, ciência política e, mesmo, no direito administrativo. Essa é, de fato, uma das principais justificativas para o poder normativo das agências reguladoras nos países que as instituíram. Nesse sentido, Gustavo Binimbo afirma que “o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal”⁹⁸.

É, portanto, relevante a crítica feita por Francisco Campos já na primeira metade do século XX. Porém, é evidente que existiam outras alternativas além da concentração de poder em uma só pessoa – o Presidente da República – e a escolha do modelo político desenhado na Constituição de 1937 guarda uma relação muito menor com o problema identificado do que com a própria visão de mundo do autor.

Outro pensador a erigir uma defesa do Estado Novo foi o jurista e sociólogo fluminense Francisco José de Oliveira Viana. Esse, sem dúvida, é um dos autores mais citados nos estudos historiográficos sobre o período. Oliveira Viana entendia que toda a formação brasileira anterior à independência não preparou o povo para uma experiência democrática ou liberal. Ele afirmava que no modelo produtivo do Brasil colônia – cujas propriedades ele também identificava como feudos, ainda que com características muito diversas dos feudos europeus – não havia outra autoridade que não a do senhor do engenho, possuindo os nossos “feudos”, portanto, um regime claramente autoritário, contrariamente ao que ocorria na Europa, onde existiam, mesmo durante o período feudal, assembleias populares e cortes julgadoras eleitas pelo povo. Asseverava, portanto, que, nas nossas propriedades rurais o regime “era nitidamente autoritário; de modo algum, democrático na sua organização – nenhum traço de estilo liberal. Daí nunca ter ele podido ser uma escola, nem de educação democrática, nem de liberalismo prático – como os feudos do antigo regime europeu”⁹⁹.

⁹⁷ SANTOS, Rogerio Dultra dos. *Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº 2, p. 281-323, 2007, p. 318.

⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador. Março/abril/maio 2008, p. 13.

⁹⁹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 291.

Oliveira Viana defendia, ainda, que qualquer reforma política ou social, que importasse “uma mudança de conduta ou alteração do comportamento habitual do povo” necessitaria, primeiramente, considerar as particularidades desse povo. Assim, “o primeiro ponto a esclarecer, a conhecer ou a atender há de ser o exame das condições culturais do povo, a análise das suas tradições vivas, dos seus usos e costumes” disso dependeria o sucesso ou o fracasso da reforma. Viana entendia, ainda, que essa afirmação seria verdadeira “tanto sob um regime liberal de governo, como sob um regime autoritário – de coação”.¹⁰⁰

É importante destacar, desde já, a contradição no pensamento de Oliveira Viana. Esse autor que, como outros do mesmo período, vai sustentar a possibilidade de uma “democracia autoritária” dentro do Estado Novo, deixa clara – nos trechos acima transcritos – a oposição entre as ideias de democracia e autoritarismo. Perceba-se que ele associa o conceito de democracia com o de liberalismo, o que conduz exatamente à grande dualidade traçada da obra *Instituições Políticas Brasileiras*, que é a existente entre as duas “técnicas” que um Estado pode utilizar para “operar uma alteração de estrutura ou de mentalidade num determinado grupo social”, que são a liberal e a autoritária.¹⁰¹

Independentemente de existir ou não uma ligação intrínseca entre os conceitos de liberalismo e democracia, o fato é que essa associação apresenta-se completamente incompatível com a possibilidade de uma “democracia autoritária”, especialmente quando as “técnicas” autoritária e liberal são colocadas como formas opostas de viabilizar profundas transformações em uma sociedade, como faz Oliveira Viana.

É importante recordar que muitos viram, no pensamento político de Oliveira Viana, um tipo de “autoritarismo instrumental”. Em outras palavras, as instituições do Estado autoritário, elaboradas e justificadas em diferentes momentos de sua obra, são compreendidas por muitos analistas simplesmente como meios ou instrumentos para a realização de fins liberais ou democráticos. Esses instrumentos teriam, assim, caráter transitório, devendo ser abandonados após a plena realização dos fins aspirados.¹⁰²

Entretanto, essa interpretação está longe de ser consensual. Ricardo Silva, por exemplo, entende ser bastante difícil sustentar a conclusão de que a democracia liberal é o verdadeiro valor para o qual tende o pensamento político de Oliveira Vianna. Ele afirma, ainda, que aceitar essa “flagrante contradição em termos, que é a noção de ‘democracia

¹⁰⁰ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 420.

¹⁰¹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 421.

¹⁰² SILVA, Ricardo. *Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 10, nº 20, p. 238-269, jul./dez. 2008, p 240

autoritária’, substancializada de modo quase exemplar na Constituição de 1937, provavelmente não nos levaria além das inúmeras limitações reinantes nos modelos da democracia liberal”.¹⁰³

Em relação ao conteúdo deste tipo de “democracia” – a autoritária –, Silva entende que é possível afirmar, com base nos textos de Oliveira Viana, que ela nada tem em comum com o conteúdo das diferentes apresentações do modelo democrático liberal, asseverando que “mesmo que nos fixássemos numa definição minimalista e conservadora das características da democracia liberal, seria difícil não constatar sua maior permeabilidade à participação popular”, em comparação com o modelo proposto por Viana.¹⁰⁴

No mesmo sentido, Rogerio Dultra dos Santos afirma que a “nova democracia” defendida pelo sociólogo fluminense constitui “um claro deslocamento da função democrática, da representação política que se pretende universal, para uma representação de classe, ou seja, para a representação econômica, interessada, dos setores produtivos”. Defende, ainda, que essa redução da importância política do Parlamento vai no sentido contrário aos dos regimes de democracia liberal, “já que se pode apontar, com facilidade, a crítica antiliberal da tradição jurídica alemã como origem direta do posicionamento de Oliveira Vianna”¹⁰⁵.

Vale lembrar, nesse sentido, a total rejeição de Oliveira Viana da representação por meio do voto ou de qualquer forma de participação direta da população na administração da coisa pública. Sustentando esse ponto de vista, ele menciona o exemplo do movimento abolicionista, que assevera ser um dos principais momentos de manifestação da força da opinião pública em nosso país, mas que se deu completamente “fora da manifestação das urnas, independentemente delas”. Conclui, assim, que a democracia “pode perfeitamente realizar-se sem eleições e mesmo sem eleitores. Eleições e eleitores não são coisas principais numa democracia; são meios para atingir um fim”, sendo esse fim a manifestação de uma opinião pública organizada.¹⁰⁶

Necessário ressaltar mais um ponto de contradição apresentado pelo sociólogo fluminense. Ele entende que as eleições são um meio válido para expressar a opinião pública, negando, entretanto, a sua utilidade no Brasil, tendo em vista não haver aqui essa “opinião

¹⁰³ SILVA, Ricardo. *Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 10, nº 20, p. 238-269, jul./dez. 2008, p. 266

¹⁰⁴ SILVA, Ricardo. *Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 10, nº 20, p. 238-269, jul./dez. 2008, p. 258

¹⁰⁵ SANTOS, Rogerio Dultra dos. *Oliveira Vianna e o Constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política*. Revista Sequência, n. 61, p. 273-307, dez. 2010, p. 297/299

¹⁰⁶ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 231/232.

pública organizada”. Entretanto, cita momentos em que essa opinião organizada – que afirma inexistir em nosso país, se manifestou, como no exemplo do abolicionismo, citado acima. Ora, se as eleições são uma forma válida de expressar a opinião pública e esta se manifesta de outras maneiras no Brasil, por que, então, as eleições constituiriam algo negativo no contexto político nacional?

É claro que se pode afirmar que o problema é a *forma* como ocorriam – e, em alguma medida, ainda ocorrem – as eleições brasileiras. Cabalistas, fósforos, capangas¹⁰⁷ e tantas outras figuras utilizadas para manipular o resultado das eleições ao longo de nossa história tiram boa parte da credibilidade dos resultados obtidos nas urnas – além, é claro, do voto censitário, do “voto de cabresto”, dos “currais eleitorais” etc. Entretanto, se existem formas de direcionamento do resultado dos processos eleitorais, certamente o problema não está na própria existência de eleições, mas sim nos expedientes utilizados para manipulá-las. Visar a eliminação das eleições em razão dos problemas que ocorrem nessas, ao invés de buscar soluções para esses problemas, equivale a querer que, ante a verificação de que existem inadequações na alimentação da maior parte da população, as pessoas simplesmente parem de comer.

Oliveira Viana inicia o prefácio da obra *O Idealismo da Constituição* afirmando existir um vivo interesse “em torno da velha tese da ‘democracia liberal’ e da nova tese da democracia autoritária”¹⁰⁸. Ele afirma que, das construções legislativas que entende serem democráticas em nosso país – mencionando a Constituição Imperial de 1824, a Constituição Republicana de 1891, à Constituição de 1934, o Código do Processo de 1832 e o Ato Adicional de 1834 – nenhuma delas logrou subsistir em sua “pureza”, asseverando que a causa desse fracasso é que “nenhuma destas construções se assentou sobre bases argamassadas com a argila da nossa realidade viva, da nossa realidade social, da nossa realidade nacional”.¹⁰⁹

O mencionado autor acredita que isso se deve ao já mencionado “idealismo utópico” de grande parte de nossos intelectuais e até mesmo de nossos dirigentes. Esses, entretanto, seriam apenas aparentemente otimistas. Sob “os aspectos vistosos da confiança, do entusiasmo e da fé nos destinos da Pátria” estaria escondido o pessimismo, pois não acreditariam na possibilidade de transformação dos homens pela ação da própria vontade:

¹⁰⁷ A função de cada uma dessas figuras é explicada no subtítulo referente à Soberania Popular no Império e na República.

¹⁰⁸ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 11.

¹⁰⁹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 14.

“são fatalistas a seu modo, fatalistas insubmissos, que não se resignam, como o muçulmano, à fatalidade, mas a iludem, a falseiam, a colorem de idealidades e esperanças”. Conclui Oliveira Viana que “há um século estamos sendo como os fumadores de ópio, no meio de raças ativas, audazes e progressivas”.¹¹⁰

Viana sustenta que na Europa ou nos Estados Unidos da América, “o problema da democracia concentra-se principalmente na organização do sistema eleitoral e na verdade do voto”, o que, naquele contexto, teria sentido, já que “há ali uma opinião popular poderosa, militante, organizada, segura da sua força e dos seus direitos”. O problema político por excelência é, portanto, o do voto, ou, em outras palavras, o problema das formas de manifestação dessa opinião popular organizada e consciente¹¹¹. Todavia, não é o que o referido autor encontra no contexto brasileiro. Aqui, a questão fundamental da organização democrática não podia ser essa – o voto –, mas sim o problema da organização das fontes da opinião: “Temos que suprir pela ação consciente do indivíduo e do Estado, e até onde for possível, aquilo que a nossa evolução histórica ainda não nos pôde dar: estrutura, organização, consciência coletiva”¹¹².

Desse modo, seria no que Viana chama de “grupos homoganeamente organizados” e não apenas na opinião dos cidadãos agremiados em partidos – que se configurariam enquanto grupos de organização heterogênea – que seriam encontradas as expressões da “vontade geral, que é o fundamento dos regimes democráticos”, conformando, assim, uma “nova orientação democrática”. Essas concepções, como defende o sociólogo fluminense, estariam implícitas na estrutura política desenhada na Constituição de 1937. Assim, a instituição do Conselho da Economia Nacional, de tipo profissional e paritário, potencialmente dotado de poderes legislativos, bem como o estabelecimento da organização corporativa da economia da produção, “tornaram claro que a democracia autoritária, ali instituída (art. 73), busca as suas fontes de opinião, de preferência, nas corporações econômicas: estas é que são o ‘povo’, a que alude o art. 1º”. Afirma, ainda, Oliveira Viana, que essa conclusão estaria confirmada pela dissolução dos partidos, feita posteriormente por uma lei ordinária que demonstrava a nova

¹¹⁰ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Populações Meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005, p. 58.

¹¹¹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 14.

¹¹² VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 15.

política do regime: “ O sentido da Constituição de 37 é, pois, o da democracia social ou, melhor, da democracia corporativa”.¹¹³

Vale lembrar que o artigo 73 da Constituição de 1937 – que teria instituído a “democracia autoritária” –, previa, em sua redação original, que “o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País”¹¹⁴. Essa é uma clara demonstração de um dos pontos mais relevantes do Estado Novo, que é a centralidade da figura do Presidente da República. Além do já mencionado aspecto justificador, onde o apelo direto do Presidente à opinião pública, através das corporações, seria capaz de caracterizar o regime como “democrático”, esse atributo do regime livrava o Presidente da “dependência humilhante” do Parlamento. Desse modo, a engrenagem mais importante do sistema “não seria mais o Parlamento, mas o Presidente da República, ou seja, substituía-se o antigo princípio do equilíbrio e da separação de poderes pelo chamado primado do Executivo, em que o Presidente é a autoridade suprema do Estado”.¹¹⁵

Essa é uma das características do texto de 1937 que leva Luciano Aronne de Abreu a afirmar que a chamada *polaca* se caracteriza, na verdade, como uma “não-Constituição”. Ele sustenta que a Constituição de 1937 “reconheceu no Presidente a autoridade suprema do Estado e o colocou acima dela própria, ou seja, ela se constituiu verdadeiramente numa não-Constituição, não emanada de um poder constituinte nem submetida ao plebiscito previsto em seu art. 187”. Ainda que não se possa concluir que essa foi apenas uma norma de fato – limitada apenas pelo poder político que a mantinha, já que constituiu um importante momento de institucionalização do regime – a falta de sustentação político-jurídica da Carta de 1937 é evidente, o que explica o grande esforço de Oliveira Viana e outros intelectuais para tentar justificá-la e legitimá-la, tanto politicamente quanto juridicamente.¹¹⁶

Uma dessas tentativas, ainda não mencionada, foi a alegação de que o Estado Novo prezava pela busca de conciliação política, contrariamente ao que ocorria nas tradicionais disputas entre as diferentes oligarquias regionais. Os intelectuais do Estado Novo defendiam, assim, que, ao contrário da tradicional conotação negativa que era atribuída ao autoritarismo

¹¹³ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 215/216.

¹¹⁴ Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 08/07/2018.

¹¹⁵ ABREU, Luciano Aronne de. *Autoritarismo e Democratismo: uma leitura do Estado Novo*. IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre, p. 8

¹¹⁶ ABREU, Luciano Aronne de. *O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, nº 58, p. 461-480, maio-agosto 2016, p. 478

do Estado Novo, este tinha “algo positivo e adequado à realidade nacional, em contraponto ao que diziam ser o caráter exótico do liberalismo, inspirado em modelos europeus e norte-americanos”.¹¹⁷

Entretanto, analisando essas afirmações no contexto do Rio Grande do Sul, Abreu afirma que, em que pese o discurso de união nacional do regime e dos intelectuais a ele ligados, “este novo modelo político autoritário não foi capaz de promover a conciliação, propriamente dita, entre os diferentes grupos políticos gaúchos, que se mantiveram polarizados mesmo durante os anos do Estado Novo”. Assevera, assim, que as polarizações regionais não foram superadas pelo regime, o que fez com o que a bandeira de união nacional ficasse embasada, na verdade, apenas em “uma prática política de cooptação e mediação dos interesses dos diferentes grupos políticos, papel este desempenhado pelos interventores federais”.¹¹⁸

Outro elemento apontado por muitos autores ligados ao regime como “fundamento democrático” da Constituição de 1937 diz respeito aos plebiscitos. Entretanto, o recurso ao plebiscito – citado em quatro artigos – devia operar-se por iniciativa do Presidente da República, constituindo sempre uma faculdade desse e não uma obrigação a caracterizar a limitação de seu poder¹¹⁹. O artigo 5º, por exemplo, prevê que os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se, ou desmembrar-se para anexar-se a outros, ou formar novos Estados, mediante a aquiescência das respectivas Assembleias Legislativas, em duas sessões, anuais consecutivas, e aprovação do Parlamento. Em seu parágrafo único, estava disposto que “A resolução do Parlamento poderá ser submetida pelo Presidente da República ao plebiscito das populações interessadas”. Já o artigo 187 previa que “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”. Porém, esse decreto regulando a forma e convocando o plebiscito do artigo 187 jamais foi editado.

Aliás, como lembra Abreu, nenhum desses plebiscitos “jamais foi convocado pelo Presidente da República, sempre se valendo das já citadas prerrogativas do seu poder pessoal que a própria Constituição havia lhe conferido”¹²⁰. Percebe-se, portanto, que as previsões relativas a plebiscitos na Constituição de 1937 funcionaram apenas como um elemento de

¹¹⁷ ABREU, Luciano Aronne de. Estado Novo: *Autoritarismo e Conciliação Política*. Justiça & História (Impresso), v. 7, p. 113-124, 2010, p. 2.

¹¹⁸ ABREU, Luciano Aronne de. Estado Novo: *Autoritarismo e Conciliação Política*. Justiça & História (Impresso), v. 7, p. 113-124, 2010, p. 8-9.

¹¹⁹ ABREU, Luciano Aronne de. *O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, nº 58, p. 461-480, maio-agosto 2016, p. 476

¹²⁰ ABREU, Luciano Aronne de. *O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, nº 58, p. 461-480, maio-agosto 2016, p. 478

legitimação do regime. É evidente que, em um modelo político que nega a participação popular através da escolha de representantes eleitos, o recurso à tomada de decisão pela população por meio de plebiscitos serve para mostrar que o povo não foi completamente excluído dos processos decisórios. Entretanto, a forma como esses foram inseridos no texto de 1937 deixa claro que nenhuma forma de participação da população nos negócios públicos era realmente desejada.

Em outras palavras, o regime não tinha nada de democrático. Se lembrarmos da etimologia da palavra, um regime democrático é exatamente aquele em que o poder está nas mãos do povo – já que o termo *demos* refere-se a povo e *kratos* significa poder. No Estado Novo, não apenas existiam poucas hipóteses de participação popular como essas hipóteses eram, como dito acima, apresentadas pelo texto constitucional como faculdades do Presidente da República, que poderia ou não convocar um plebiscito para resolver alguma questão. A única previsão que continha algo de impositivo era a do artigo 187, que, mesmo assim, deixava a cargo do Presidente a edição de um decreto definindo a forma e o momento da convocação do plebiscito.

Todavia, mais importante do que o plano formal é a própria análise do desenrolar dos fatos. Poder-se-ia defender que o regime lembrava, em algum aspecto, uma democracia, se as convocações de plebiscitos tivessem sido frequentes durante o Estado Novo, o que talvez indicasse que – mesmo colocadas sob a forma de faculdades do Presidente – as previsões constitucionais acabaram por se constituir em verdadeira obrigação. Entretanto, a realidade não poderia ter ficado mais distante desse cenário. Nenhum plebiscito foi convocado, nem sequer o mais importante deles – o do artigo 187 – deixando claro a “democracia autoritária” defendida pelos intelectuais ligados ao Estado Novo era, sem dúvida, autoritária, mas certamente não era uma democracia.

Necessário frisar, entretanto, que não se trata aqui de afirmar que a obra de todos os pensadores que deram algum tipo de sustentação ao Estado Novo não tem nenhum valor. Muitos desses tiveram, sem dúvida, grande importância no desenvolvimento das ciências sociais no Brasil. Especialmente no que tange à produção intelectual de Oliveira Viana, é preciso ressaltar que sua noção de que as instituições de um país devem ser compatíveis com a tradição, com os hábitos culturais desse povo coincidem largamente com a linha adotada no presente trabalho. Entretanto, ver que um pensador que demonstra uma profunda compreensão de certos aspectos de nosso desenvolvimento histórico e sociológico adotou uma defesa aberta de um regime autoritário, sendo capaz, ainda, de caracterizar esse mesmo

regime como uma “democracia”, mesmo sem eleições ou qualquer outra forma regular de decisão tomada diretamente pela população, é algo bastante revelador.

De fato, isso demonstra o quão incrustado está o autoritarismo na consciência dos brasileiros e, em especial, em muitos de nossos intelectuais. Esse fenômeno fica claro nos dias atuais, quando vemos a facilidade com que propostas autoritárias se espalham rapidamente pela população – especialmente em períodos de crise – associados a uma evidente idealização de períodos como a ditadura militar, o Estado Novo ou, mesmo, o Império. Não é raro vermos a reprodução de argumentos sem qualquer fundamento histórico, como o de que não havia corrupção na época da ditadura militar ou que a saúde e a educação possuíam ótima qualidade nesse período – quando, na verdade, a educação pública era oferecida a apenas uma pequena parcela da população e não existia um sistema público de saúde. Esses argumentos se estruturam nos mesmos moldes que a defesa do Estado Novo feita pelos seus intelectuais. Frente a problemas reais gerados no contexto social, busca-se uma solução baseada na idealização – presente ou passada – de um regime autoritário, como se não fosse possível aprimorar as instituições democráticas, adaptando-as para melhor lidar com as dificuldades que se apresentam a qualquer tipo de governo.

Essa característica marcante na intersubjetividade popular brasileira é explicada, muitas vezes, invocando o período de tempo relativamente restrito que tivemos, ao longo de nossa história, sob regimes democráticos. Somado a isso, existe o fato de que todas as grandes questões estruturais de nosso país aparecem com muito mais facilidade e frequência durante os períodos democráticos, exatamente em razão da liberdade de pensamento, de expressão e de imprensa, o que acaba levando muitos a crer que esses problemas estão ligados à própria democracia e não a questões muito mais profundas de nosso desenvolvimento histórico – que passam exatamente pela pouca experiência democrática dos brasileiros.

Fica evidente, portanto, que no período do Estado Novo o significado de *democracia* foi completamente subvertido apenas para legitimar o *status quo*. Como a democracia era – como ainda é – um modelo internacionalmente valorizado, buscou-se travestir o autoritarismo, que é a própria negação da democracia, em democracia, sem uma real preocupação com a viabilidade lógica dessa empreitada. Mais uma vez – como nos casos já explicitados nos subtítulos anteriores – houve a utilização de um conceito sem a real preocupação de que o conteúdo axiológico desse fosse respeitado. O único anseio foi o de legitimar um regime que, mais uma vez, não procurou transformar as estruturas fundamentais de nossa sociedade, baseadas no autoritarismo e na desigualdade social.

A tentativa de caracterizar o Estado Novo enquanto uma *democracia autoritária*, entretanto, talvez seja o caso mais simbólico dessa longa tradição, já que ignorou completamente a razoabilidade na busca por legitimação. Por outro lado, era um regime abertamente autoritário, incorporando fielmente um autoritarismo que sempre esteve representado na nossa sociedade e que continua a estar até os dias atuais. Como se verá nos capítulos seguintes, o autoritarismo e a desigualdade social a ele umbilicalmente conectada continuam a se reinventar e a encontrar novas formas de legitimação no Brasil. Em nosso contexto judicial, entendemos que as duas principais manifestações desses fenômenos, atualmente, estão no ativismo judicial e no garantismo penal deficiente.

4. DO AUTORITARISMO AO ATIVISMO JUDICIAL

Além do percurso histórico já traçado no capítulo anterior sobre as diversas teorias que foram importadas para o nosso país, é necessária, nesse momento, a contextualização do próprio ativismo judicial. Permitimo-nos, então, traçar algumas breves linhas sobre questões relevantes para a evolução do conceito estudado. Montesquieu, ainda que tenha atribuída uma função secundária ao Poder Judiciário, já havia previsto, n’*O Espírito das Leis*, mecanismos de controle mútuo entre os poderes, como as chamadas “faculdade de estatuir” e “faculdade de impedir”. A aplicação dessas faculdades daria ao Executivo o poder de frear as iniciativas do Legislativo, evitando a sua transformação em um poder despótico. O Legislativo, por sua vez, poderia examinar o modo como foram executadas as leis que elaborou¹²¹. O objetivo destes mecanismos caminhava no mesmo sentido que a própria separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), ou seja, evitar a concentração de poder.

A crescente importância dada aos textos constitucionais trouxe o Judiciário para centro desse debate, especialmente com a evolução do conceito de Estado constitucional. Esse conceito se consolidou, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então vigorava, segundo Luís Roberto Barroso, um modelo geralmente identificado como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida como um documento essencialmente político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Também era incipiente o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Dominava, então, a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. Já no Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica, “não apenas disciplinando o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelecendo determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado”.¹²²

Portanto, é característica do Estado Constitucional de Direito a supremacia da Constituição, com a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação

¹²¹ A interdependência entre os poderes é sintetizada por Montesquieu na seguinte passagem: “Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com a sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo”. MONSTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 176.

¹²² BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794> > p. 4-5. Acesso em: 22/01/2018.

final e vinculante das normas constitucionais. De fato, a “nova” hermenêutica constitucional surgida, na Europa, em meados do século XX, traz em seu bojo o conceito de força normativa da Constituição, desenvolvido por Konrad Hesse, ao identificar o texto constitucional não apenas como uma carta de intenções, mas como um documento com força normativa e eficácia imediata, servindo de fundamento para todo ordenamento jurídico. Hesse afirma que a força normativa da Constituição não reside apenas na adaptação a uma dada realidade. Defende também que, ainda que a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir uma legítima disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida¹²³.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse movimento ganhou força no Brasil, levando muitos magistrados a adotar uma postura ativista. O pretexto era (e ainda é) a superação do positivismo jurídico através de uma hermenêutica capaz de favorecer a concretização de direitos fundamentais e o projeto democrático previsto no texto constitucional. Entretanto, é necessário lembrar que a própria existência da Constituição é um fator de limitação do poder. É, mesmo, possível dizer que o próprio constitucionalismo é um movimento que visa à limitação do exercício do poder. Nesse sentido, afirma Lenio Streck que “o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”¹²⁴.

Fica claro, desse modo, que a ideia de supremacia constitucional é completamente incompatível com o decisionismo. A Constituição é o fundamento de todo o ordenamento jurídico e, de acordo com a Crítica Hermenêutica do Direito, essa deve ser respeitada em cada decisão proferida pelo Poder Judiciário, sendo que estas decisões devem buscar a resposta constitucionalmente mais adequada ao caso concreto. Portanto, de acordo com Streck, a exigência de fundamentação das decisões, prevista na Constituição, não se dá em quaisquer

¹²³ Conclui Hesse que “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹²⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69. Streck afirma, ainda, que *o fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo - denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen - não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade)*. Ibidem, p. 70.

termos. Não existe, portanto, discricionariedade na função do juiz. Cada caso tem uma resposta constitucionalmente adequada, que deve ser buscada pelo magistrado. Os juízes não possuem poder discricionário e, por consequência, não possuem “livre convencimento” e tampouco podem fazer “livre apreciação da prova”. Juízes e tribunais não devem nem podem julgar segundo a consciência pois isso não é democrático nem republicano, devido ao fato de que o que se passa na consciência do juiz pode não coincidir com a estrutura legal-constitucional do país.¹²⁵

4.1 A NECESSÁRIA DEFINIÇÃO: O QUE É O ATIVISMO JUDICIAL?

Faz-se mister definir, nesse momento, o que é o ativismo judicial. De acordo com Keenan D. Kmiec, o ativismo judicial não é um conceito monolítico. A expressão ativismo judicial, invocada isoladamente, significa pouco ou nada, tendo em vista que o termo adquiriu muitos conceitos diferentes e até mesmo contraditórios entre si¹²⁶.

Pode-se dizer, contudo, que a origem do ativismo judicial é encontrada nos Estados Unidos, mais precisamente na decisão do caso *Lochner v. New York*, quando a Suprema Corte decidiu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal, declarando inconstitucional a lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros¹²⁷. O termo “ativismo judicial”, entretanto, não surgiu em uma decisão de um juiz ou tribunal, como muitos poderiam pensar. Ele foi introduzido por um historiador, Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria dirigida ao grande público na revista *Fortune*, intitulada *The Supreme Court: 1947*. Nessa, Schlesinger traçou o perfil de todos os nove ministros da Suprema Corte americana daquele período, dividindo-os em três diferentes linhas: os “ativistas judiciais” (*judicial activists*), os “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*) e, por fim, uma posição intermediária, incluindo nessa última aqueles magistrados que não se incluíam em nenhuma das linhas anteriores¹²⁸.

Ainda que, no texto de Schlesinger, a expressão – ativismo judicial – apareça sem um caráter valorativo, já que não é apontada qual seria a “melhor” postura para um juiz da

¹²⁵ STRECK, Lenio. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-11/senso-incomum-aqui-faz-aqui-paga-ou-atesta-malatesta>>. Acesso em 10/01/2018.

¹²⁶ KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, *California Law Review*, Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004), p. 1476-1477.

¹²⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*, *Revista Direito GV*, vol. 8, n. 1, 2012, p. 37.

¹²⁸ KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, *California Law Review*, Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004), p. 1446.

Suprema Corte, é necessário notar que, para muitos, o ativismo judicial adquiriu um significado positivo, tendo em vista que essa postura foi associada à defesa dos direitos de grupos socialmente vulneráveis, como explica Teixeira:

Todavia, as dúvidas existentes quanto ao caráter positivo ou pejorativo da expressão foram reduzidas à medida que a postura “ativista” era incorporada por diversos juízes não apenas da Suprema Corte: durante a década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais.¹²⁹

É com base nessa visão, que atribui um caráter positivo ao ativismo judicial, que muitos magistrados, no Brasil, sustentam uma postura ativista, defendendo que essa postura teria, também no contexto brasileiro, a possibilidade de auxiliar na concretização de direitos fundamentais.

Entretanto, como já mencionado, essa posição está longe de ser consensual. De fato, como lembra Kmiec, apesar de ser o ativismo judicial um tópico relevante, que merece uma profunda reflexão de cunho acadêmico, a expressão é frequentemente utilizada em tom pejorativo, quase que como uma ofensa. O “ativismo judicial” significaria, nesse contexto, uma forma de identificar os “juízes que se comportam mal”¹³⁰.

Dentro de uma perspectiva crítica de cunho acadêmico, Ronald Dworkin afirma que o ativismo é “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”. Para ele, um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la, bem como as tradições, “impondo aos outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”¹³¹. Já Lenio Streck, na Linha da Crítica Hermenêutica do Direito, afirma que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”¹³².

Tendo em vista a diversidade de interpretações sobre o tema, impõe-se diferenciar a judicialização da política e ativismo judicial, nos limites do presente trabalho. Demarcar essa diferenciação é fundamental, pois há autores que, ao conceituar o ativismo, claramente

¹²⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*, Revista Direito GV, vol. 8, n. 1 2012, p. 40.

¹³⁰ KMEIC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, California Law Review, Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004), p. 1477.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.452.

¹³² STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 651, nota de rodapé n. 155.

desenham um fenômeno que engloba também – ou somente – a judicialização da política. Luís Roberto Barroso, por exemplo, entende o ativismo como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”¹³³.

Sobre a questão, Clarissa Tassinari afirma tratar-se a judicialização da política de um fenômeno contingencial e inexorável, enquanto que o ativismo judicial consolida-se como uma postura, um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação¹³⁴. Compreender essa diferenciação é fundamental, pois estes dois conceitos são tratados, muitas vezes, em nosso país, como sinônimos. Assim, o ativismo judicial é visto por muitos apenas como o crescimento do âmbito de atuação do poder judiciário, em razão de uma série de mudanças ocorridas na sociedade. Conceituado dessa forma, é impossível tecer qualquer crítica consistente ao ativismo judicial. Porém, Tassinari demonstra – inclusive recorrendo à doutrina norte-americana, onde o debate sobre o ativismo judicial é bem mais antigo –, que o crescimento da atuação do judiciário em função de um dado contexto social é o fenômeno referente à judicialização da política, enquanto o ativismo judicial refere-se tão somente ao comportamento dos juízes, que decidem utilizando-se de critérios não jurídicos, apesar de, na maioria das vezes, tentarem dar uma “roupagem jurídica” aos seus julgados.

É necessário lembrar, ainda, que o ativismo judicial deve, no Brasil, ser compreendido dentro de nosso contexto histórico. A tradição autoritária de nosso país encontrou uma bela justificativa no ativismo judicial. Todos os dias, em nosso Poder Judiciário, magistrados decidem questões com base em critérios morais, mas justificam seus julgados através de uma falsa obediência a princípios ou máximas de interpretação que, na verdade, servem apenas para legitimar qualquer tipo de decisão.

Nesse sentido, é valiosa a assertiva de Alexandre Morais da Rosa, na apresentação feita à obra de Clarissa Tassinari: “O ativismo tupiniquim é uma farsa onde se escondem os decisionistas de sempre. [...] empulhadores teóricos que se vendem na embalagem de presente ‘ativismo’, mas que guardam práticas totalitárias”¹³⁵. Ou, nas palavras de Streck, referindo-se ao cenário jurídico brasileiro: “[...] a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> > p. 6. Acesso em 22/01/2018.

¹³⁴ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36-37.

¹³⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

que a concretude apresenta ao direito”¹³⁶. É importante perceber que, sob o pretexto de concretizar direitos fundamentais e realizar o projeto democrático da Constituição, a postura (ativista) dos magistrados vai, muitas vezes, exatamente no sentido oposto. Ou seja, ignora aquilo que está previsto na Constituição, bem como a legislação com ela condizente – que representam a produção democrática do direito – deslocando o protagonismo na direção do intérprete, que, em regra, possui legitimidade democrática bastante limitada.

Portanto, o ativismo judicial, no sentido aqui compreendido, configura uma prática antidemocrática, que oculta uma postura totalitária de parte dos magistrados, que decidem de acordo com suas convicções pessoais e não em consonância com as normas vigentes no ordenamento jurídico-constitucional. Ironicamente, como dito acima, essa postura é defendida por muitos como uma forma de superação do positivismo jurídico e concretização do projeto democrático previsto na Constituição.

O ativismo, entretanto, não se compatibiliza com a democracia. Friedrich Müller, mesmo dentro de uma linha pós-positivista, defende o respeito ao texto normativo, já que esse deve ser tratado como limite do processo interpretativo, ou, na terminologia utilizada por Müller, da concretização. É claro que, para as posturas pós-positivistas, uma norma jurídica é mais do que o seu teor literal, entretanto – dentro da Teoria Estruturante do Direito –, o teor literal faz parte, juntamente com os recursos interpretativos auxiliares, do "programa da norma", tendo, assim, grande importância.

Os limites semânticos do texto normativo não podem ser ignorados. Esses limites constituem uma garantia do Estado Democrático de Direito. A norma não se confunde com o texto normativo, mas também não há uma cisão completa entre eles. A norma é construída sempre no caso concreto, em um processo que envolve a seleção dos dados da realidade juridicamente relevantes para o caso em tela e a reunião dos textos normativos pertinentes para o referido caso; ou seja, o texto e o caso são constitutivamente dados de entrada na concretização da norma. Nas palavras de Müller, “a norma jurídica não pode ser aceita pela metódica simplesmente como algo dado, o texto normativo estabelece, em todo caso, os limites extremos de possíveis suposições. Aqui existe uma ligação com tendências do positivismo científico que visam à clareza do Estado de Direito”¹³⁷.

Dito de outra forma, Müller deixa claro que o limite estabelecido pelo texto normativo é uma garantia do Estado de Direito. Isso evidencia quão incongruente é a postura

¹³⁶ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 422.

¹³⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008, p. 197.

de um magistrado que ignora o texto legal sob o pretexto de *concretizar* o Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido vai a Crítica Hermenêutica do Direito. Ao mesmo tempo em que a CHD reconhece que os textos não são “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido como algo pronto e acabado, também entende que o texto é algo fundamental no processo interpretativo. Segundo Streck, “texto é evento; textos não produzem ‘realidades virtuais’; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do direito: textos são importantes”. Segundo o referido autor, não podemos permitir que os textos “sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa)”¹³⁸.

4.2 DA TEORIA À PRÁTICA: O ATIVISMO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A fim de esclarecer as afirmações até aqui feitas, são trazidos alguns exemplos, retirados de diversas instâncias de nosso Poder Judiciário. Evidentemente, não se pretende realizar um amplo estudo estatístico e analítico de todas as decisões proferidas pelos magistrados brasileiros, já que, para isso, seria necessária a análise de inúmeras decisões, mesmo que o recorte temporal fosse bastante curto. Por outro lado, também não será feita uma crítica somente de decisões do Supremo Tribunal Federal, como é bastante comum em trabalhos sobre o ativismo judicial.

Ainda que a representatividade de uma análise que traga decisões de todas as instâncias do Poder Judiciário seja muito menor do que a de um trabalho que analise julgados de uma única corte, entendemos que essa escolha ajuda a demonstrar os argumentos até aqui expostos. Primeiramente, por não se tratar de uma análise meramente estatística, o que demanda uma crítica pormenorizada de cada decisão coligida ao trabalho. Desse modo, mesmo se limitássemos a apreciação a um único tribunal, ultrapassaria em muito os limites do presente estudo o exame de todas as decisões proferidas em um determinado período de

¹³⁸ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 254.

tempo. Em outras palavras, mesmo se a análise realizada nesse trabalho estivesse circunscrita a uma única corte, a sua representatividade, frente ao total de decisões proferidas por essa, seria bastante limitada.

Em segundo lugar, o fato de estarem comumente dirigidas ao Supremo Tribunal Federal as críticas feitas às posturas ativistas ajuda a disseminar, no imaginário jurídico nacional, a ideia de que esse fenômeno – o ativismo – estaria concentrado na Suprema Corte ou que seria somente dessa a responsabilidade pelos eventuais efeitos negativos dessa prática¹³⁹. Todavia, essa visão é, no mínimo, bastante questionável. É claro que o impacto individual de cada decisão é muito maior no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o alcance dos julgados dessa corte. Entretanto, devemos lembrar que cada vez mais questões são amplamente judicializadas no Brasil e que a imensa maioria das decisões proferidas pelo Poder Judiciário origina-se do primeiro e do segundo graus de jurisdição – sendo relativamente pequeno o número de processos que são decididos na jurisdição extraordinária. Assim sendo, é bastante plausível que, apesar da maior visibilidade do STF, o ativismo praticado na jurisdição ordinária atinja um número bem maior de pessoas.

Em terceiro lugar, a linha defendida no presente trabalho é justamente a de que o autoritarismo está disseminado pela sociedade brasileira, reinventando-se constantemente, mas mantendo razoavelmente estáveis as estruturas desiguais de nossa sociedade. Não haveria sentido, portanto, em concentrar a análise relativa ao ativismo judicial apenas em decisões do Supremo Tribunal Federal. Passemos, então, às decisões.

Inicialmente, vale citar um *decisum* proferido em primeiro grau de jurisdição, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 5001573-56.2017.4.04.7109, da Primeira Vara de Apoio Itinerante em Bagé – repetida em diversos processos da competência do mesmo magistrado –, nos seguintes termos:

1. Recebimento destes Embargos
Recebo os presentes Embargos, por tempestivos e garantidos.
2. Efeitos do despacho que recebe os Embargos à Execução Fiscal

¹³⁹ Um recente exemplo é o artigo do de Conrado Hübner, publicada no Jornal Folha de São Paulo, com o título *Na prática, ministros do STF agridem a democracia*, onde esse autor atribui ao STF a responsabilidade por diversas mazelas de nosso sistema jurídico. O artigo está disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>, acesso em 13/05/2018. Vale lembrar que esse artigo motivou, inclusive, resposta de Lenio Streck, publicada no Consultor Jurídico, com o nome de *O perigo da simplista crítica de que "tudo é culpa do STF"*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/lenio-streck-perigo-critica-tudo-culpa-stf>, acesso em 13/05/2018.

O art. 919, §1º, do novo Código de Processo Civil (de redação similar ao antigo 739-A, §1º, aplicável às Execuções Fiscais consoante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.272.827, submetido à sistemática dos recursos repetitivos), elenca os seguintes pressupostos ao deferimento de efeito suspensivo nos embargos à execução: existência dos requisitos à concessão da tutela provisória (relevância dos fundamentos e potencial risco de dano de difícil ou incerta reparação) e garantia do juízo.

Dito isto, passo a analisar a possibilidade de conceder efeito suspensivo à execução fiscal em decorrência da propositura dos presentes embargos.

De início, sinalo que o requisito relevância dos argumentos não pode ser aferido de plano, sem possibilitar a formação do contraditório e a produção de provas porventura necessárias à solução da lide. Ao mesmo tempo, entendo que essa impossibilidade de análise prévia, obstáculo alheio à vontade das partes, não pode resultar em prejuízo da Embargante com o pronto afastamento da concessão de efeito suspensivo à execução. Resta tipificado, nesse caso, risco de dano irreparável ou de difícil reparação, na hipótese de expropriação dos bens penhorados e incerta possibilidade de reversão desse ato.

Quanto à garantia do juízo, verifico que a penhora efetuada garante integralmente o débito exequendo, restando preenchido o aludido pressuposto à concessão da suspensão. Assinalo apenas que a suspensão terá o único efeito de obstar o ato final de expropriação do bem.

Logo, com base na ponderação dos valores em litígio, mediante critérios de razoabilidade e proporcionalidade, decido pela suspensão do feito principal até o julgamento definitivo dos presentes embargos.

Registro que tal medida não implicará prejuízo ao Exequente, uma vez que o bem já constricto se encontra cercado das garantias legais pertinentes à vinculação ao processo (registro em órgão competente e depósito judicial), limitando-se a suspensão ora deferida a obstar a expropriação propriamente dita.

[...]

Como se pode verificar no excerto acima transcrito, o magistrado afirma que “o requisito relevância dos argumentos não pode ser aferido de plano, sem possibilitar a formação do contraditório e a produção de provas porventura necessárias à solução da lide”, asseverando, posteriormente, que isso não pode impedir a concessão do efeito suspensivo. Dispõe, todavia, o artigo 919, § 1º, do Código de Processo Civil, que o juiz poderá atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora¹⁴⁰. Previu o legislador, portanto, a necessidade da presença de alguns requisitos – dentre eles, os necessários para a concessão da tutela provisória – para que seja viável a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução.

Vale lembrar que, na sistemática do Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória pode ser de urgência ou de evidência. A tutela de evidência poderá ser concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do

¹⁴⁰ Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

processo, quando estiver caracterizada alguma das hipóteses previstas no artigo 311 do referido diploma legal¹⁴¹. Os fundamentos do *decisum* acima transcrito evidenciam não ser a situação do processo em comento. Tratava-se, portanto, de analisar a eventual presença – além da garantia do juízo – dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência. O próprio magistrado reconhece isso, ao asseverar que os pressupostos ao deferimento de efeito suspensivo nos embargos à execução são a “existência dos requisitos à concessão da tutela provisória (relevância dos fundamentos e potencial risco de dano de difícil ou incerta reparação) e garantia do juízo”.

Desse modo, dispõe o artigo 300 do diploma processual que a “tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Suficientemente demonstrado, portanto, que a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, no caso em análise, exigiria a *demonstração* da probabilidade do direito. Todavia, ao invés de avaliar os elementos trazidos aos autos pelo embargante, a fim de averiguar se estava ou não demonstrada a probabilidade do direito no caso concreto, o julgador faz apenas uma suposta ponderação em abstrato, afirmando que “a relevância dos fundamentos não pode ser aferida de plano”.

Sublinhe-se: o requisito referente à relevância dos fundamentos foi considerado preenchido sem *qualquer* análise dos elementos juntados ao feito. Ora, se o legislador optou por prever a necessidade da demonstração da probabilidade do direito para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos, não se pode aceitar que essa seja deixada de lado em nome de uma suposta ponderação de valores feita em abstrato, desconsiderando completamente os elementos de prova presentes nos autos.

Não se pode justificar uma decisão como essa com argumentos pós-positivistas. Mesmo Friedrich Müller assevera que o texto normativo orienta todo o processo da concretização. Ele afirma que “o programa da norma formulado no teor literal orienta no sentido da delimitação e limitação”. Müller enfatiza que o texto normativo guia “não apenas o processo da seleção de pontos de vista materiais a partir do âmbito genérico de

¹⁴¹ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 - II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 - III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 - IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
- Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

regulamentação da prescrição (âmbito material) e a partir do âmbito do caso (conjunto de fatos do caso jurídico), mas todo o processo da concretização”.¹⁴²

Na mesma esteira, Ronald Dworkin sustenta ser necessário um respeito às regras, não sendo possível a utilização de qualquer princípio para justificar a superação da literalidade do texto normativo:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada¹⁴³.

Sobre a “ponderação” que alegadamente foi realizada pelo magistrado, é necessário tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, sequer restaram adequadamente esclarecidos quais seriam os princípios em colisão no caso concreto, já que inexiste um “princípio da impossibilidade da análise de provas quando do ajuizamento da ação”. Importa notar que a construção lógica da decisão apoia-se nessa impossibilidade, que, na verdade, não existe. Já em relação ao princípio do contraditório, invocado no *decisum*, não foi feita qualquer análise sobre como esse é afetado pela solução proposta – a concessão de efeito suspensivo sem a oitiva da parte contrária e sem a análise dos elementos de prova presentes nos autos. É evidente, portanto, que não restaram obedecidos os parâmetros fornecidos pela chamada “máxima da proporcionalidade”, já que não foi realizada a análise de qualquer uma das suas três submáximas, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito¹⁴⁴.

Além disso, dificilmente se poderia afirmar que foi feita uma ponderação no caso concreto, ao menos no sentido dado ao termo por Robert Alexy. A lei da ponderação, segundo Alexy, prevê que *quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio*. Todavia, o

¹⁴² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 94.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60.

¹⁴⁴ Sobre o tema, ver a argumentação elaborada em DALLA BARBA, Rafael Giorgio. *A (in)transparência dos direitos fundamentais: das origens aos limites da teoria discursiva em Robert Alexy*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2017.

raciocínio não se esgota aí. Pelo contrário, a ponderação é dividida em passos ou níveis e, para a sua realização, é necessária não apenas a individualização dos princípios em colisão, mas também que sejam identificados os pesos abstratos dos princípios colidentes, a intensidade da interferência da medida em cada um desses princípios e uma série de outros aspectos. De fato, Alexy apresenta fórmulas para demonstrar como deve ser levado a cabo esse processo de maneira racional¹⁴⁵, não havendo, na decisão em comento, qualquer fundamento que sequer se aproxime disso.

Vale frisar que com essa “ponderação”, o magistrado está, na verdade, mantendo a sistemática que vigeu em nosso ordenamento jurídico até a edição da Lei nº 11.382, de 2006¹⁴⁶. Ironicamente, faz isso com base em um princípio – não mencionado, mas claramente utilizado – que também foi extirpado do Código de Processo Civil, mas que continua povoando o imaginário de nossos juristas, especialmente de nossos juízes: o livre convencimento motivado.

Nossos tribunais também são pródigos no que tange à prolação de decisões ativistas. Nesse sentido, pode ser citado o julgamento dos Embargos Infringentes nº 1.0024.02.810824-9/003, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, especialmente o voto proferido pelo Desembargador Mauro Soares de Freitas. Seguem, abaixo, alguns trechos do referido voto:

Mas quero deixar aqui, de público, um alerta a todos, uma vez que se percebe, pela discussão desse processo, que os homens pensam deter o poder de gerar filhos, e quando falo homens, estou falando a espécie humana. Não são. Geração de filhos é projeto divino, não dos homens, tanto que todos os métodos contraceptivos são falhos, isso porque é a vontade de Deus que irá sempre prevalecer. [...] Mas vim ressaltar que o projeto é de Deus e não dos filhos de Deus. Com isso, me deixo muito mais tranquilo quando julguei, porque sei também, como Juiz, que é muito fácil fazer da lei rigorosa, fazer da lei arbitrária, fazer da lei injusta, coisa mais fácil para um Juiz é isso. Mas o Juiz cristão, e aqui nós somos todos cristãos, deve fazer o contrário, deve fazer com que a aplicação da lei seja feita com amor e misericórdia

¹⁴⁵ Alexy afirma que “A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos ou níveis. No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele. [...] No caso de subsunção sob uma regra, o sistema de conclusões subjacente pode ser expresso através de um esquema dedutivo, o esquema da “justificação interna”, que se formula com a ajuda dos enunciados e predicados da lógica e da lógica deontica, e que pode ser inserido em uma teoria do discurso jurídico. Tem importância central tanto para a teoria do discurso jurídico quanto para a teoria dos direitos fundamentais que exista, para a ponderação, uma contraparte desse esquema dedutivo. Essa contraparte é a fórmula do peso”. ALEXY, Robert, *Teoria discursiva do direito*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 164.

¹⁴⁶ Previo o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação anterior à Lei nº 11.382/2006:

Art. 739.

[...]

§ 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo.

§ 2º Quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada.

e, no caso aqui, nós podemos perceber que a geração deste filho foi fruto do amor e da misericórdia do pai celestial [...]. (TJMG, EI 1.0024.02.810824-9/003, 16a C.Cív., Rel. Des. Nicolau Maselli, J. 26.03.2008, publ. DJ 11.04.2008)¹⁴⁷

O caso julgado versava sobre o pedido de indenização de uma mulher que engravidou mesmo com o uso de um anticoncepcional injetável. Independentemente do resultado do julgamento – cada um dos votos adotou uma linha diferente para sustentar o seu posicionamento – é indubitável que, em um Estado laico, não pode um magistrado fundamentar seu convencimento na “vontade de Deus”. Fica evidente também o completo desrespeito pela diversidade, essencial em qualquer democracia, quando afirma que “aqui nós somos todos cristãos”, buscando justificar seu posicionamento. Não há como atribuir um caráter jurídico – para além do aspecto puramente formal, de ter sido proferida em um tribunal – a uma fundamentação como essa.

Vale repisar que, como explica Tassinari, o ativismo não se caracteriza necessariamente por uma ampliação do âmbito de atuação do Poder Judiciário dentro da sociedade (que é a definição de judicialização da política), mas sim como um ato de vontade dos julgadores, que decidem com base em critérios não jurídicos, ainda que suas decisões tenham uma aparência de juridicidade. Desse modo, é plenamente possível que existam julgados no sentido de uma não intervenção do Poder Judiciário que mostrem um perfil ativista, pois as razões de decidir não são jurídicas. É o que Tassinari diz ao dissertar sobre o caso *Locher v. New York*. Nas palavras da autora: “Dessa forma, fica claro que, mesmo um comportamento conservador do Judiciário, de não intervenção, pode revelar um perfil ativista”¹⁴⁸. É exatamente o caso da decisão ora comentada. Apesar de ter julgado improcedente o feito, ou seja, de não intervindo no caso concreto, o magistrado deixou claro o seu ativismo, pois a decisão foi tomada com base em critérios exclusivamente morais e religiosos.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Embargos Infringentes 1.0024.02.810824-9/003. Relator Nicolau Maselli. DJ 11.04.2008. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CDAB4D7062AC6777B2EC73022DE14BDE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.02.810824-9%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 29/07/2018.

¹⁴⁸ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 89.

Infelizmente, este tipo de julgamento é sustentado, em nosso meio jurídico, pelo princípio do livre convencimento motivado¹⁴⁹, que faz com que seja admitida como legítima qualquer decisão, contanto que esta seja “motivada”, ou seja, tenha uma aparência jurídica.

Não pensemos, porém, que decisões baseadas em critérios não jurídicos acontecem apenas na jurisdição ordinária. No fim da década de 1980, firmou o Tribunal Superior do Trabalho entendimento, através da Súmula nº 294, no sentido de que a prescrição aplicável, na seara trabalhista, a pleito que envolva prestações sucessivas é a total – ou seja, a prescrição do próprio fundo de direito – exceto quando o direito também esteja previsto em lei. Prevê, portanto, a Súmula nº 294 do TST:

PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO
Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.¹⁵⁰

Firmou-se nesse sentido também o entendimento doutrinário. Maurício Godinho Delgado, em seu *Curso de Direito do Trabalho*, explica que:

[...] conforme o título jurídico da parcela, a *actio nata* firma-se em momento distinto. Assim, irá se firmar no instante da lesão – e do surgimento consequente da pretensão -, caso não assegurada a parcela especificamente por preceito de lei (derivando, por exemplo, de regulamento empresarial ou contrato). Dá-se, aqui, a prescrição total, que corre desde a lesão e se consuma no prazo quinquenal subsequente (se o contrato estiver em andamento, é claro).

Consistindo, entretanto, o título jurídico da parcela em preceito de lei, a *actio nata* incidiria em cada parcela especificamente lesionada. Torna-se, desse modo, parcial a prescrição, contando-se do vencimento de cada prescrição periódica resultante do direito protegido por lei¹⁵¹.

No mesmo sentido, leciona Luciano Martinez que a prescrição total, no âmbito trabalhista consiste na inexigibilidade das pretensões relacionadas a fatos jurídicos anteriores à barreira dos últimos cinco anos de relação de emprego, que se refiram a alterações contratuais, enquanto que a prescrição parcial diz respeito às parcelas previstas em lei, citando o exemplo – em relação a esta última modalidade de prescrição - de um empregado que tivesse sofrido a supressão do décimo terceiro salário, afirmando que “[...] ele poderia

¹⁴⁹ Importante repisar que o princípio do livre convencimento motivado restou fragilizado com o novo Código de Processo Civil. Sobre o tema, ver <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em 10/01/2018.

¹⁵⁰ Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-294. Acesso em 30/07/2018.

¹⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 255.

invocar o restabelecimento da vantagem a qualquer tempo, vendo tragados pela prescrição parcial apenas os créditos cujos fatos geradores tivessem mais de cinco anos”¹⁵².

A distinção, portanto, produz-se “em função do título jurídico a conferir fundamento e validade à parcela pretendida (preceito de lei ou não)”, como afirma Delgado, no trecho acima mencionado. Porém, apesar do entendimento firmado tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, tal critério nunca foi aplicado de maneira uniforme pelos tribunais trabalhistas, incluindo o próprio TST.

Um exemplo claro foi a posterior edição da Súmula nº 452 pelo Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõe:

DIFERENÇAS SALARIAIS. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. DESCUMPRIMENTO. CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO NÃO OBSERVADOS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 404 da SBDI-1) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014 Tratando-se de pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa, a prescrição aplicável é a parcial, pois a lesão é sucessiva e se renova mês a mês.¹⁵³

Desse modo, quando se está a tratar de planos de cargos e salários – frise-se, instituído pela própria empresa – a prescrição aplicável, segundo o Tribunal Superior do Trabalho, é a parcial. Ignorou, desse modo, o TST, o critério anteriormente instituído, baseado no título jurídico a conferir fundamento e validade à parcela pretendida – preceito de lei ou não.

Ressalte-se que Delgado, no trecho acima citado (tendo escrito anteriormente à edição da Súmula nº 452) afirma expressamente que a prescrição total aplicar-se-ia a determinada parcela “caso não assegurada a parcela especificamente por preceito de lei (derivando, por exemplo, de regulamento empresarial ou contrato)”. Ou seja, é aplicável a prescrição total às parcelas previstas em regulamento empresarial, englobando, por óbvio, aquelas previstas em plano de cargos e salários.

Não se está aqui a defender, evidentemente, que a jurisprudência de um tribunal não pode se modificar. Está o Tribunal Superior do Trabalho autorizado a rever seu entendimento sobre qualquer matéria, especialmente tendo em vista eventuais alterações nas estruturas sociais que servem de base para a compreensão de determinado assunto ou, mesmo, a evolução da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre esse. Todavia, para tanto, seria

¹⁵² MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 633.

¹⁵³ Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-294. Acesso em 30/07/2018.

necessária a realização do chamado *overruling*, ou seja, de nova análise do entendimento firmado na Súmula nº 294, com o seu conseqüente cancelamento – o que, frise-se, não foi feito.

De fato, limitou-se o Tribunal, nos julgados que deram origem à Súmula nº 452, a dizer que os casos em análise não se enquadravam na previsão contida na Súmula nº 294, sem enfrentar o cerne da questão, ou seja, a natureza do título jurídico que deu origem à parcela guerreada. Em outras palavras, não foi feito um verdadeiro *distinguishing*, cingindo-se o tribunal a afastar a aplicação da Súmula nº 294 com base em fundamentos diversos, claramente insuficientes para demonstrar a inaplicabilidade do referido enunciado sumular.

Cite-se, exemplificativamente, o seguinte trecho, extraído do voto condutor do acórdão proferido no Processo nº 161500-51.2003.5.03.0070:

Outrossim, não há que se falar em contrariedade à Súmula 294 desta Corte, eis que o Tribunal Regional salientou que o pedido formulado pelo reclamante envolve prestações de trato sucessivo, renovando-se a cada vencimento. Sendo a lesão do direito continuada, a prescrição é sempre parcial, contando-se do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se originam.

No mesmo sentido, o excerto do voto condutor do acórdão proferido no Processo nº 133900-12.2002.5.04.0022: “assim, inaplicável se mostra à hipótese a Súmula n.º 294 do TST, sendo de se reconhecer a prescrição apenas parcial para a hipótese, renovando-se mês a mês a lesão, enquanto não efetuada a promoção a que tinha direito o Empregado”. E, ainda, o trecho referente ao Processo nº 717395-77.2000.5.03.5555: “tratando-se de pedido de diferenças salariais decorrentes do descumprimento dos critérios do Plano de Cargos e Salários a prescrição é parcial, pois a lesão se renova mês a mês, não havendo se falar em prescrição com base na Súmula 294 do C. TST”.

É utilizado como fundamento, portanto, pelo Tribunal Superior do Trabalho, para a aplicação da prescrição parcial – fundamento este repetido na maioria das decisões que deram origem ao enunciado sumular -, o fato de que o pleito envolve prestações de trato sucessivo, sendo a lesão renovada mês a mês. De fato, essa parte final consta do próprio enunciado da Súmula nº 452.

Não é difícil perceber que esse argumento é ilógico, por justificar a aplicação da prescrição parcial com base em uma característica que é *comum* tanto a esta quanto à prescrição total. Ora, só há sentido em discutir se a prescrição é parcial ou total dentro de uma relação jurídica continuativa, com prestações de trato sucessivo, como restou evidenciado nos excertos doutrinários acima colacionados.

Fica claro, portanto, que em relação à aplicação da prescrição total ou parcial, vem os tribunais, inclusive o TST, decidindo não com base nos critérios jurídicos estabelecidos doutrinaria e jurisprudencialmente, mas sim em critérios outros, dando apenas uma “roupagem jurídica” às suas decisões, através de fundamentos que claramente não são suficientes para sustentá-las.

Necessário mencionar que, ainda que o exemplo da Súmula nº 452 do TST possa não parecer um exemplo tão claro de ativismo judicial quanto os outros já mencionados, ele caracteriza claramente uma das espécies de condutas ativistas que, segundo Teixeira, mais lesam o equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional, que é a desconsideração por precedentes jurisprudenciais. De acordo com esse autor, a referida conduta

ocorre quando, sobretudo em se tratando de precedentes do mesmo Tribunal, a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial. Trata-se também de espécie de ativismo judicial nocivo difícil de ser caracterizada, pois as decisões judiciais são o espaço adequado para que inovações possam surgir, mas tais inovações não podem carecer de sólida fundamentação normativa (não apenas legal) e adequação às exigências do caso concreto.

Necessário, ainda, fazer menção à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292, em fevereiro de 2016, quando restou decidido que é possível a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória¹⁵⁴. De fato, afirmou a Suprema Corte que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88). Em outras palavras, segundo o Pretório Excelso, é possível o início da execução da pena privativa de liberdade após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/2/2016).

Em seu voto, o ministro relator, Teori Zavascki, afirmou que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova, bem como ser no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 126.292. Relator Min. Teori Zavascki DJE 07/02/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 30/07/2018.

Concluiu, assim, que existindo um juízo de incriminação do acusado em segundo grau “fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência”. Disse, ainda, que “a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”, defendendo haver uma “evolução” da não culpabilidade de acordo com o estágio do procedimento, e, ainda, que o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável, desde que não se atinja o núcleo fundamental do direito.

Necessário questionar, entretanto, o que seria esse “núcleo fundamental” que não pode ser atingido e como funcionaria, exatamente, o mencionado tratamento “progressivamente mais gravoso”. Ora, se após a condenação em segunda instância o réu já pode cumprir a pena privativa de liberdade que foi imposta – punição mais severa prevista em nosso ordenamento jurídico para tempos de paz –, o que restaria, então, a ser feito após o trânsito em julgado? Que direito estaria garantido ao réu no texto constitucional quando esse menciona expressamente o trânsito em julgado? É inegável que a interpretação apresentada esvazia completamente a garantia esculpida em nossa Constituição, atentando contra a literalidade do texto constitucional.

Repise-se, o texto normativo não pode ser ignorado, já que constitui a base do processo de interpretação. Este não se esgota naquele, mas também não pode prescindir dele. Como lembra Lenio Streck, “a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e tampouco uma atribuição de sentidos arbitrária. Afinal a lição está expressa em *Verdade e Método*, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixá-lo dizer alguma coisa”¹⁵⁵.

Refere, ainda, o ministro relator no citado voto, que o seu posicionamento encontra amparo no cenário internacional e que em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema. Cita, nesse sentido, estudo que descreve o quadro relativo ao tema em diversos países do mundo. Parece esquecer, entretanto, que esses países não tem seu ordenamento jurídico estruturado sobre a *nossa* Constituição e que o texto constitucional desses não conta com previsão idêntica à da Constituição Federal brasileira de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII – *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

¹⁵⁵ STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 98/99.

Diferentes ministros expuseram fundamentos semelhantes aos acima transcritos. Outra linha argumentativa apresentada nesse julgado foi aquela ligada à política criminal. Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, “tornando-o mais republicano e igualitário”, bem como promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal.

Asseverou, o referido ministro, que a necessidade do trânsito em julgado para o início da execução da pena “contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade” já que essa tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao transcurso de grande lapso temporal entre a prática do crime e a punição. Arrematou dizendo que “um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados”. Caberia questionar ao eminente ministro que efeitos tem sobre a sociedade uma *Constituição desmoralizada*, cujo texto é completamente ignorado em prol de qualquer argumento estatístico, moral ou de política criminal. Uma Constituição que não é capaz de gerar segurança jurídica ou de garantir qualquer direito, pois, se a próxima pesquisa publicada pela imprensa indicar – ou se essa for a interpretação de alguns sobre os números – que precisamos prender mais, ou quiçá torturar mais ou matar mais, a Suprema Corte estará sempre disposta a ignorar a Constituição e decidir de acordo com as tendências do momento.

Necessário frisar, ademais, que não cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer política criminal. A implementação de políticas criminais – bem como de políticas públicas como um todo – é função do Poder Executivo, instrumentalizado por atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo, sendo possível apenas o controle, em determinados casos, pelo Poder Judiciário. Resta evidente, portanto, que não pode o Judiciário ignorar uma garantia expressamente prevista no texto constitucional com base em argumentos de política criminal. Ainda que se acredite que o aparato punitivo estatal pudesse ser mais efetivo sem algumas das garantias previstas no texto constitucional, é função precípua da Suprema Corte zelar pela Constituição e não decidir o que será melhor para o país *independentemente* da Constituição.

Entretanto, depois de fixada essa orientação pelo STF, foram prolatadas decisões em sentido contrário por ministros da própria Suprema Corte. Exemplo disso é o *decisum* proferido pelo ministro Celso de Mello no HC nº 135.100/MG, concedendo liminar para suspender a execução do mandado de prisão expedido contra o réu, condenado em segundo grau, com base no princípio da presunção de inocência. Afirmou o ministro que o acórdão do Tribunal de Justiça local “parece haver transgredido postulado essencial à configuração do

processo penal democrático, ao inverter a fórmula da liberdade, que se expressa na presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), degradando-a à inaceitável condição de presunção de culpabilidade”. Asseverou, ainda, que o entendimento exposto pelo plenário do STF no julgamento do HC nº 126292 foi proferido em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se revestindo de eficácia vinculante.

Os fundamentos invocados pelo ministro Celso de Mello estão em harmonia com a garantia de presunção de inocência prevista na Constituição. Entretanto, é necessário referir que, como será exposto no próximo capítulo, quando as garantias não são uniformemente asseguradas, perdem o caráter de garantias, convertendo-se em privilégios.

Como referido acima, não devemos, contudo, analisar tais decisões – e o ativismo judicial nelas evidenciado – fora do contexto histórico brasileiro. O Brasil possui uma longa tradição autoritária, iniciada ainda durante a colonização e mantida após a independência. É comum vermos referências aos períodos de “governos autoritários” de nossa história, quando, na verdade, o mais correto seria falar-se em períodos democráticos dentro de uma quase contínua tradição autoritária.

Vale lembrar que, durante o período imperial, ainda que tenham existido partidos e casas legislativas, existia, além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Poder Moderador, concentrado nas mãos do Imperador e que estava acima dos outros três. Desse modo, mesmo havendo eleições e representantes eleitos, o modelo de governo era claramente autoritário. Aliás, fenômeno semelhante ocorreu durante o período da ditadura militar (1964-1985), quando, apesar da existência de partidos políticos e de um Congresso Nacional, o governo era evidentemente ditatorial. Nesse sentido, esclarece José Murilo de Carvalho que:

Uma das razões para o fato foi que a mobilização política anterior ao golpe foi muito maior do que a que precedeu 1930. Como consequência, o custo, para o governo, de suprimir os direitos políticos foi também maior. O custo externo também foi maior, pois a situação internacional não era favorável ao autoritarismo, em contraste com a década de 30. Os custos interno e externo eram tão altos que os militares mantiveram uma fachada de democracia e permitiram o funcionamento dos partidos e do Congresso¹⁵⁶.

Não é difícil perceber que em um país tão profundamente marcado por governos autoritários tendem a sobreviver práticas totalitárias mesmo nos períodos democráticos, como o que vivemos atualmente, ainda que estas práticas necessitem de um “verniz democrático”. Assim, a tradição autoritária brasileira encontrou, no âmbito do Poder Judiciário, uma consistente justificativa no ativismo judicial. Sob o argumento de concretizar direitos

¹⁵⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.191.

fundamentais e de colaborar para a realização do projeto democrático da Constituição, através de uma atuação mais proativa, um sem-número de magistrados apenas repete e legitima práticas autoritárias que sempre fizeram parte de todos os poderes de nossa República.

Essa é a ironia do ativismo judicial no Brasil: ele perpetua e legitima práticas autoritárias sob o argumento de fazer exatamente o inverso, ou seja, de colaborar para o fortalecimento da democracia.

5. DO AUTORITARISMO AO GARANTISMO PENAL

Foi feita, no capítulo anterior, uma aproximação entre a nossa tradição autoritária e o ativismo judicial brasileiro. Entretanto, esse não é o único fenômeno a apresentar a referida característica. De fato, é possível identificar a práxis do garantismo penal no Brasil com as nossas estruturas sociais historicamente marcadas pelo autoritarismo e pela desigualdade.

5.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS: A DESIGUALDADE ENTRE ESTADO-ACUSADOR E INDIVÍDUO-ACUSADO¹⁵⁷

A teoria do garantismo ultrapassa em muito o âmbito do Direito Penal e Processual Penal. É fácil perceber isso, pois, do ponto de vista lógico, ao falar-se em garantias constitucionais não se está designando apenas aquelas que o indivíduo possui quando está na posição de acusado ou de réu em um processo penal. No Brasil, por exemplo, a propriedade é um direito fundamental, previsto constitucionalmente, bem como o são os remédios constitucionais para defendê-la. Ainda que seja possível que o direito à propriedade seja invocado por um acusado no caso de serem tomadas medidas constritivas de seu patrimônio dentro de uma investigação policial ou de um processo penal, na absoluta maioria das vezes em que o referido direito é defendido, judicialmente ou não, a lesão ou ameaça a este direito nada tem a ver com o Direito Penal.

Luigi Ferrajoli distingue três significados para o constitucionalismo garantista: modelo ou tipo de sistema jurídico, teoria do direito e filosofia política. No primeiro, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao que ele chama de “paleo-juspositivismo”, pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. No segundo, ou seja, como teoria do direito, o constitucionalismo garantista tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito, caracterizando-se pela distinção entre *validade* e *vigência*, já que admite a existência de normas vigentes ainda que inválidas, pois, apesar de terem sido produzidas de acordo com as normas procedimentais sobre a sua formação, são incompatíveis com as normas substanciais previstas constitucionalmente. Por fim, como filosofia política, o constitucionalismo garantista consiste em uma teoria da democracia. Não apenas uma abstrata teoria do bom

¹⁵⁷ Uma versão preliminar do estudo que resultou neste tópico já se encontra publicada como COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Garantismo à brasileira: uma análise crítica da aplicação do princípio da insignificância. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Vol. 61, n. 3, 2016, p. 165-187.

governo, mas sim uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada empiricamente no paradigma de governo por ele apresentado¹⁵⁸.

Todavia, no Brasil, os ramos do direito em que o garantismo teve maior repercussão são, sem dúvida, o Direito Penal e o Direito Processual Penal. As garantias dadas aos réus no processo penal são fruto de uma longa evolução histórica, na qual se percebeu que a violência perpetrada pelo Estado, apesar de ser a única legítima, é provavelmente a mais injusta, dada a desigualdade de forças entre as partes - Estado x cidadão¹⁵⁹. De fato, a ideia de que o chamado *Estado de Direito* existe para proteger o indivíduo contra os arbítrios do poder estatal é cara a todos os ramos do direito público. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “A razão mesma do Estado de Direito é a defesa do indivíduo contra o poder público”, asseverando, ainda, que a fórmula, por excelência, garantidora deste intento é a tripartição do exercício do Poder, graças a quê os cidadãos se garantem ante os riscos de demasias do Executivo, negando-lhe qualquer força jurídica para estabelecer as regras de impliquem limitações à liberdade e propriedade das pessoas. Foi justamente para deter o poder do monarca, cujo sucessor é o Poder Executivo, que se concebeu este mecanismo, amplamente difundido no mundo atual¹⁶⁰.

A teoria do Garantismo Penal também se estruturou sobre estas proposições. Dessa forma, o mesmo conjunto de ideias é explicitado também em diversas obras de importantes doutrinadores do garantismo. É sintomático, nesse sentido, que Cezar Roberto Bitencourt chame o capítulo referente aos princípios do Direito Penal em seu *Tratado de Direito Penal* de “Princípios limitadores do poder punitivo estatal”¹⁶¹. No mesmo sentido, Cláudio Brandão, ao dissertar sobre a relação entre Direito Penal e Estado de Direito, afirma que “o Princípio da Legalidade constitui-se em um limite da intervenção estatal, sendo indissociável da ideia do Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. A legalidade preserva a liberdade e a dignidade do homem, e assegura que esses valores não sejam arbitrariamente violados pelo *jus puniendi* do Estado”¹⁶².

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

¹⁵⁹ WEBER, Max. *A política como vocação*. GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). Max Weber – *Ensaios de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982. p. 55.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 332.

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁶² BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 49-50.

Cite-se, ainda, o seguinte trecho, da obra *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*, de Aury Lopes Junior:

W. Goldschmidt explica que os direitos fundamentais, como tais, dirigem-se contra o Estado, e pertencem, por conseguinte, à seção que trata do amparo do indivíduo contra o Estado. O processo penal constitui um ramo do Direito Público, e, como tal, implica autolimitação do Estado, uma soberania mitigada. Ademais, existe ainda o fundamento histórico-político para sustentar a dupla função do moderno processo penal, que foi bem abordado por Bettiol. (...) Por isso, Ferrajoli fala da *ley Del más débil*. No momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena ¹⁶³.

Construiu-se, assim, toda uma teoria - ou teorias - que baliza o raciocínio de que a aplicação da violência estatal, para ser legitimada, tem que ser precedida de um processo. No trecho acima, Aury Lopes Jr. cita uma importante ideia trazida por Luigi Ferrajoli. De fato, não há como falar sobre o tema sem abordar, ainda que brevemente, alguns conceitos apresentados por este, especialmente em sua obra basilar sobre o tema, *Direito e Razão*. Ferrajoli afirma que o processo penal existe não para proteger a vítima ou a sociedade, de maneira geral, contra a criminalidade, mas sim o acusado, justamente por ser este – como dito acima – o mais débil em sua relação com o Estado. Desse modo, o processo penal não serve para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas ¹⁶⁴.

No entanto, dentro dessa ótica, não é qualquer tipo de processo capaz de legitimar a violência perpetrada pelo Estado. É necessário que seja seguido um sistema acusatório, garantindo-se ao acusado uma série de direitos. Dentre estes, um dos principais é a garantia à presunção de inocência, ou seja, cabe ao Estado – nos casos de ação penal de iniciativa pública – provar que determinado indivíduo é culpado, sendo que a inércia de ambas as partes levaria, logicamente, à absolvição: “Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo nosso axioma *nulla accusatio sine probatione*” ¹⁶⁵.

É claro que a violência estatal também se verifica em outras áreas do direito. Em uma reintegração de posse, por exemplo, pode ser usada força policial. Na desapropriação de

¹⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 12-14.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 450.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 488.

bens por utilidade pública, ainda que seja mediante prévia indenização, há a perda da propriedade, direito fundamental previsto constitucionalmente. No entanto, o Direito Penal é o ramo do direito que lida com as maiores restrições que o Estado pode impor aos indivíduos. Em nosso país, como são constitucionalmente vedadas penas cruéis ou a pena de morte – exceto em caso de guerra declarada –, como em qualquer sistema penal garantista, a pena de prisão é a pena por excelência.

Sobre o ponto, explica Salo de Carvalho, ao comentar os conceitos enunciados por Beccaria, que a estrutura penal baseada na teoria do contrato social impossibilita o Estado de executar aquilo que não foi previamente acordado e que não seria exigível que cada indivíduo cedesse mais do que uma parte do bem jurídico liberdade. Desse modo, a incidência da pena em qualquer outro bem jurídico, como a vida, por exemplo, seria ilegítima: “Não se pode, portanto, neste modelo, deliberar sobre a vida de um cidadão; somente sua liberdade (parcial) poderia ser negociada, sujeitando-a à sanção. Mais: a esfera da liberdade diria respeito tão-somente à liberdade de locomoção”¹⁶⁶.

É com o constante risco da perda da liberdade que têm que lidar os acusados no processo penal. No entanto, segundo Ferrajoli, um inocente não poderia jamais ter esse tipo de temor, já que a prisão de um indivíduo que não é culpado é uma das maiores representações do arbítrio do poder estatal. Para esse autor, apenas a desconfiança de um inocente já é capaz de retirar a legitimidade de todo o sistema:

Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de Direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam¹⁶⁷.

A justificativa moral do garantismo penal reside, portanto, na contenção do poder punitivo estatal, que decorre do reconhecimento da desigualdade de forças entre as partes envolvidas na relação Estado x Indivíduo. Esta ideia é bem sintetizada pelo pensador italiano Norberto Bobbio que, não por acaso, foi o escolhido para escrever o prefácio da primeira edição de *Direito e Razão*. Em ensaio intitulado *Contra a Pena de Morte*, Bobbio defende que

¹⁶⁶ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 123.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 441.

o Estado não pode colocar-se no mesmo plano do indivíduo singular. O indivíduo age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria, já o Estado responde de modo mediato, reflexivo, racional, ainda que também tenha o dever de se defender. Todavia, por ser muito mais forte do que o indivíduo singular, não tem necessidade de tirar a vida desse indivíduo para se defender: O Estado tem o privilégio do monopólio da força e deve sentir toda a responsabilidade desse privilégio¹⁶⁸.

Vê-se, portanto, que um dos principais objetivos do garantismo é conter o arbítrio estatal, lógica especialmente aplicável àquele campo em que o Estado está mais propenso a praticar arbítrios: o Direito Penal. Necessário notar, todavia, que essa tarefa cabe, em grande parte, ao próprio Estado, através da atuação de órgãos do Poder Executivo, do Ministério Público, da elaboração de normas pelo Legislativo e, principalmente, através do Poder Judiciário. Cite-se, por exemplo, a função de garante que deve ocupar o juiz durante o inquérito policial¹⁶⁹, ou, ainda, a função de guardião da Constituição do Supremo Tribunal Federal.

Ora, por que deve o Estado conter o próprio poder punitivo estatal? Além de uma questão de justificação do Estado – por que deveriam as pessoas aceitar um poder ilimitado? – há, também, um aspecto pragmático: porque ele é o único capaz de fazê-lo. A ideia que temos do Estado Moderno deve muito à obra dos contratualistas dos séculos XVII e XVIII – Locke, Hobbes e Rousseau. Mesmo que os séculos XIX e XX tenham nos dado notáveis exemplos de pensadores que defendem a tese de uma sociedade capaz de opor-se ao Estado¹⁷⁰, o Garantismo Penal parte da concepção tradicional, na qual as pessoas abrem mão da liberdade inerente ao estado de natureza em troca da segurança proporcionada pelo Estado. As constantes referências aos textos de Hobbes na obra de Ferrajoli¹⁷¹ deixam isso evidente. Para compreender qual seria o poder do Estado dentro desta concepção, basta citar um trecho da obra *Leviatã*:

Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 181.

¹⁶⁹ Sobre o tema, a obra de Aury Lopes Jr. intitulada *Investigação preliminar no processo penal*, na qual o autor explica a função do juiz garantidor.

¹⁷⁰ Ver, principalmente, o texto de Henry Thoreau, *A desobediência civil* e a obra de Pierre Clastres intitulada *A Sociedade Contra o Estado*.

¹⁷¹ Apenas no cap. 8 da obra *Direito e Razão* (intitulado: *O delito. Quando e como proibir*), de cerca de 40 páginas, Ferrajoli faz dez referências à obra de Hobbes.

Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros¹⁷².

Nota-se, portanto, que Hobbes não fala de uma sociedade em que os indivíduos cedem apenas uma pequena parte de sua liberdade em troca dos benefícios proporcionados pelo Estado. Defende, sim, o referido pensador a ideia de um Estado absoluto, *todo-poderoso*, que reúne toda força e poder dos indivíduos que compõem a sociedade.

Dentro dessa ótica, não há falar em igualdade – seja no plano material ou processual – entre o Estado *todo-poderoso* (acusação) e o indivíduo (defesa) e, de fato, não há que se cogitar, em nosso sistema processual penal, a igualdade entre as partes. Enquanto no processo civil diversos autores defendem uma lógica dinâmica de produção das provas – que, de fato, foi incluída no texto do Código de Processo Civil de 2015¹⁷³ –, no sistema processual penal garantista é inquestionável que o ônus probatório cabe à acusação. A desigualdade no plano processual vem diretamente da desigualdade no plano fático. A racionalidade que daí transparece é a de que o Estado *todo-poderoso* teria muito mais condições de obter meios de prova do que qualquer cidadão e, considerando que o Direito Penal lida com os bens jurídicos mais importantes (não somente em relação às vítimas, mas também no que concerne aos acusados) é justamente neste campo em que o poder estatal deve demonstrar com mais clareza que sua atuação é legítima. Justifica-se, desse modo, a presunção de inocência dos indivíduos e o consequente deslocamento de toda a carga processual para a acusação.

5.2. O CONTEXTO NACIONAL

Não obstante a inegável correção dessas proposições, quando analisamos essa situação em um país em desenvolvimento, como o Brasil, onde a polícia judiciária possui poucos meios de investigação (sem adentrar no mérito da corrupção policial) e o Ministério Público, apesar de muito melhor aparelhado, tem que lidar com um número infindável de processos, é cabível questionar se, para parte da população – deixemos claro, os setores economicamente mais favorecidos – essa lógica não acaba por se inverter. Será que as

¹⁷² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

¹⁷³ Nesse sentido, prevê o § 1º do artigo 373 CPC de 2015: *§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.*

instituições encarregadas de promover a acusação têm mesmo melhores condições de obter meios de prova em cada investigação do que qualquer cidadão? Lembre-se que as condições de trabalho variam muito entre os pequenos e os grandes escritórios de advocacia, sendo que esses recebem elevados honorários, que os possibilitam trabalhar com um número bastante reduzido de processos¹⁷⁴, bem como que os recursos financeiros que possuem alguns réus os permitem contratar especialistas, como peritos e até mesmo investigadores particulares.

Os argumentos até aqui apresentados poderiam até mesmo, em uma análise superficial, soar como algo positivo, se pensarmos dentro de uma lógica de redução da cultura punitiva. No entanto, é aí que surge a maior distorção da lógica do direito/processo penal em nosso país. As garantias, especialmente as de cunho processual tem pouca valia para aqueles que não tem recursos suficientes para custear os honorários de profissionais (muito) bem qualificados. A maioria dos réus é atendida por advogados pouco preparados ou pela defensoria pública, que, se comparada aos grandes escritórios de advocacia ou mesmo ao Ministério Público, possui uma estrutura precária.

Necessário recordar que uma das marcas de nossa sociedade durante toda a história do Brasil pós-descobrimto foi a grande desigualdade social, mantendo esta uma relação dialética com o precário acesso à justiça por boa parte da população. Gizlene Neder nos lembra que o “autoritarismo sempre esteve presente nas relações sociais basilares da formação histórica brasileira”¹⁷⁵. Em uma sociedade fortemente estratificada, onde o acesso à cultura, à educação e aos bens de consumo sempre esteve amplamente disponível apenas para uma pequena parte dos cidadãos, o acesso ao judiciário também reflete a desigualdade e a tradição autoritária de nosso povo.

Sublinhe-se que, no quadro de valores de um país profundamente marcado pela mentalidade e pelas estruturas sociais erigidas durante o período da escravidão, a noção de ordem ganha mais relevo que a de justiça, com a prevalência de uma expectativa de obediência passiva¹⁷⁶. Ou seja, o sistema penal estruturado no Brasil tem servido como um instrumento para a manutenção do *status quo*. Frise-se, não apenas a manutenção da ordem

¹⁷⁴ Esses fatos foram reconhecidos expressamente pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogerio Schietti Cruz em julgamento proferido no ano de 2017, no Recurso Especial nº 1.349.935 – SE, julgado pelo rito dos recursos repetitivos, onde restou consignado que: *Ainda, não se descure de uma obviedade perceptível a todos os que possuem experiência de foro, nomeadamente o criminal: não se pode comparar, sequer remotamente, a quantidade de processos sob a responsabilidade de um membro do Ministério Público – normalmente calculada em centenas ou milhares – com a que normalmente ocupa a carteira de um escritório de advocacia, contada, se tanto, em dezenas.*

¹⁷⁵ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. 2. ed. Niterói: Eduff, 2012, p. 72.

¹⁷⁶ NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 194.

pública, como em qualquer sistema penal, mas para a sustentação das estruturas de uma sociedade extremamente desigual, tendo o garantismo penal encontrado seu lugar dentro dessa lógica.

Apesar da diferença no tratamento recebido pelos “clientes” do sistema penal em nosso país, de acordo com o seu nível social, ser amplamente conhecida¹⁷⁷, sua demonstração prática não é simples. Basta lembrar que grande parte dos processos criminais tramita com algum nível de sigilo, bem como qualquer documento que diga respeito às condições financeiras dos indivíduos, como documentos fiscais e informações bancárias.

Entretanto, a grande disparidade entre as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em nosso país já deixa claro que as garantias constitucionais estão longe de serem asseguradas de maneira uniforme a todos os réus. Citem-se como exemplo as diferenças entre as decisões proferidas pelas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no que se refere à aplicação do princípio da insignificância – excludente de tipicidade que enseja a absolvição do réu. Uma simples pesquisa jurisprudencial no *site* do TJRS é capaz de demonstrar isso. Consultados os trinta últimos julgados referentes à quinta e à sétima câmaras criminais do citado tribunal até a data limite estabelecida, relacionados à aplicação do princípio da bagatela no que concerne ao crime de furto¹⁷⁸, o resultado obtido foi que, na 5ª Câmara Criminal, em 24 acórdãos foi reconhecida a aplicabilidade do princípio da insignificância ao caso concreto, enquanto em 6 acórdãos foi proferido o entendimento de que não deveria ser aplicado o referido princípio. Já em relação à 7ª Câmara Criminal, em nenhum dos trinta acórdãos consultados foi reconhecida a aplicabilidade do princípio da bagatela.

Essa discrepância poderia ser apenas fruto de uma coincidência, já que os casos analisados pelos órgãos colegiados da mencionada corte não são, obviamente, idênticos. Poderia ter ocorrido, portanto, que nos trinta últimos acórdãos publicados os casos analisados pela 7ª Câmara Criminal fossem de delitos mais graves do que os referentes aos acórdãos proferidos pela 5ª Câmara. Todavia, a análise crítica e detalhada de alguns dos julgados demonstra o contrário.

O julgamento referente ao Processo nº 70048499164 recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA.

¹⁷⁷ Máximas muito comuns como “só pobre vai pra cadeia” demonstram que a o tratamento diferenciado recebido pelos setores mais abastados faz parte do imaginário popular.

¹⁷⁸ Pesquisa realizada com os termos “insignificância” e “furto”, no site do TJRS referente a 08/08/2012. Frise-se que a data limite relaciona-se à composição da 5ª Câmara Criminal do TJRS, que pouco tempo depois foi substancialmente alterada.

PENAS REDIMENSIONADAS. Os elementos de convicção colhidos durante a instrução demonstram a materialidade e a autoria do crime de furto simples. Inviável a absolvição fundada na incidência do princípio da insignificância, considerando que os objetos subtraídos foram avaliados em quantia equivalente a 25% do valor do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Da mesma forma, o réu é reincidente em crimes diversos. Tais informações, analisadas em conjunto, não permitem a aplicação da benesse. Penas redimensionadas. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70048499164, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 19/07/2012) Data de Julgamento: 19/07/2012 Publicação: Diário da Justiça do dia 25/07/2012).¹⁷⁹

O relatório do referido *decisum* evidencia, ainda, que o condenado subtraiu mercadorias de um supermercado, que, somadas, perfaziam um total de R\$ 138,53 (cento e trinta e oito reais e cinquenta e três centavos), conforme auto de avaliação, e que os objetos furtados foram apreendidos e devolvidos à vítima. Por sua vez, o acórdão proferido pela 5ª Câmara Criminal do TJRS no Processo nº 70044378354 recebeu a seguinte ementa:

FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. ABSOLVIÇÃO. O valor dos bens subtraídos, avaliados em R\$ 180,00, a restituição das "res furtivae" à vítima, que não sofreu qualquer prejuízo e a pouca repercussão social do delito, frente à consequência para a vida do acusado da condenação, conduzem à convicção que deve ser acolhida a insignificância como suporte à absolvição do réu, com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70044378354, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 04/07/2012).¹⁸⁰

Ou seja, em ambos os casos o produto do crime foi devolvido à vítima, tendo os delitos, de fato, características bastante semelhantes. Porém, no caso julgado pela 5ª Câmara Criminal o valor das mercadorias furtadas foi inferior ao dos bens referentes ao caso decidido pela 7ª Câmara e, mesmo assim, a primeira decidiu pela aplicabilidade do princípio da insignificância enquanto a segunda entendeu ser inviável a sua aplicação.

Do mesmo modo, no Processo nº 70048707111, a 7ª Câmara Criminal entendeu que: “O princípio da insignificância não pode ser aplicado ao caso em tela, uma vez que o bem subtraído foi avaliado em quantia que não pode ser entendida como ínfima ou irrisória”. A análise do relatório do acórdão revela que foi furtada mercadoria de um supermercado, no

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70048499164. Naele Ochoa Piazzeta. DJ 19/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields =n%3A70048499164&as_q=#main_res_juris. Acesso em 30/07/2018.

¹⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70044378354. Relator: Genacéia da Silva Alberton. DJ 04/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields =n%3A70044378354&as_q=#main_res_juris. Acesso em 30/07/2018.

valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), bem como que o produto do crime foi apreendido pela Brigada Militar e devolvido à vítima. Já a 5ª Câmara Criminal explicitou, no julgamento do Processo nº 70049438658, entendimento no sentido de estar ausente: “a lesividade na conduta descrita na denúncia, dado que, aliado ao inócuo valor do bem subtraído, conforta a conclusão pelo reconhecimento do princípio da insignificância pela atipicidade do agir do apelante”. Nesse caso, segundo o relatório elaborado pelo relator, foi furtada mercadoria de estabelecimento comercial, avaliada em R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), que posteriormente foi apreendida e devolvida ao dono. Novamente, percebe-se que os fatos analisados são muito semelhantes e que o valor da mercadoria furtada é menor no caso julgado pela 7ª Câmara Criminal. Entretanto, mais uma vez, apenas a 5ª Câmara Criminal reconheceu a aplicabilidade do princípio da bagatela.

Fica claro, portanto, que a diferença não reside nas características dos casos julgados, mas sim na linha seguida pelos julgadores, que fez com que a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não reconhecesse a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em nenhum dos trinta acórdãos consultados, enquanto a 5ª Câmara entendeu pela aplicabilidade do referido princípio em 24 processos, ou seja, 80% dos casos analisados.

Mesmo que essa disparidade não tenha, a princípio, nenhuma relação com a condição financeira dos réus envolvidos nos processos, é necessário lembrar que a maioria das questões relacionadas ao direito penal no Brasil tem implicações constitucionais, o que permite, em tese, a interposição de recursos e outras formas de impugnação até mesmo no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, as regras processuais vigentes, presentes na legislação ou nos regimentos internos das cortes, criam uma série de empecilhos ao acesso aos tribunais superiores – por razões óbvias, já que seria inviável a análise por esses de todos os processos em trâmite no país – somente superados, via de regra, por advogados hábeis e com bom trânsito nos respectivos tribunais.

Desse modo, mesmo que não haja, em um primeiro momento, qualquer conexão entre a condição financeira dos réus e a diferença de tratamento dada a estes – como provavelmente ocorre no exemplo acima citado – o acesso restrito aos tribunais superiores, que poderia assegurar o respeito às garantias constitucionais dos réus, faz com que apenas uma pequena parcela dos acusados tenha, de fato, seus direitos fundamentais garantidos.

Outra forma de demonstrar a diferença de tratamento recebida por alguns réus é a análise de decisões, proferidas pelos tribunais pátrios, que fogem do padrão jurisprudencial dos mesmos. Um exemplo interessante é o caso dos crimes societários ou de autoria coletiva.

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região é pacífica no sentido de que, nesse tipo de delito, não há a necessidade da descrição detalhada de cada um dos réus na denúncia. Cite-se, nesse sentido, o seguinte trecho, da ementa do *Habeas Corpus* nº 2007.04.00.017910-9: “Nos crimes societários não há necessidade de uma descrição detalhada da conduta de cada um dos réus”¹⁸¹, ou, ainda, o seguinte excerto, retirado da ementa da Apelação Criminal nº 2002.70.03.000849-8: “a jurisprudência é pacífica no sentido de que, nos crimes societários ou de autoria coletiva, não é necessário que a denúncia descreva, pormenorizadamente, a ação de cada denunciado”¹⁸². Na mesma esteira, exemplificativamente, vão os julgados proferidos na ACR 5016537-37.2010.404.7000, Sétima Turma, D.E. 01/06/2012; na ACR 0003783-45.2001.4.04.7201, Oitava Turma, D.E. 03/05/2016; e na ACR 0001903-59.2008.4.04.7205, Oitava Turma, D.E. 23/06/2016.

Entretanto, no *Habeas Corpus* nº 0005475-02.2011.404.0000, relatado pelo mesmo desembargador do HC e da Apelação Criminal cujos trechos foram acima citados, foi proferida decisão nos seguintes termos:

A circunstância de se cuidar de uma suposta sonegação fiscal empresarial exige da acusação descrição dos elementos objetivos e subjetivos da prática delituosa. É preciso definir, com base em evidências sólidas, a verdadeira posição daqueles que se pretende acusar, especialmente neste caso, em que envolvidas sociedades mercantis com um quadro administrativo sabidamente complexo.¹⁸³

Fica claro que, nessa causa, patrocinada por um conhecido escritório do estado de Santa Catarina, o entendimento aplicado foi completamente diferente do apresentado nos casos anteriores. Desnecessário dizer que a obtenção de decisão que se opõe a entendimento que já vinha e continua sendo adotado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região exigiu, certamente, grande habilidade do procurador dos réus na exposição dos fatos.

Importante frisar, nesse ponto, que não há qualquer problema na utilização de todos os meios legais pelos grandes escritórios na defesa de seus clientes. Seria, de fato, ilógico pensar o contrário. O problema não está, como dito anteriormente, na atuação eficiente desses profissionais, mas sim no fato de que poucos réus têm acesso a esse tipo de defesa,

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Habeas Corpus nº 2007.04.00.017910-9. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteadó. D.E. 09/04/2008. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1785031. Acesso em 30/07/2018.

¹⁸² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Apelação Criminal nº 2002.70.03.000849-8. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteadó. D.E. 18/04/2007. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1427923. Acesso em 30/07/2018.

¹⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Habeas Corpus nº 0005475-02.2011.404.0000. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteadó. D.E. 13/09/2011. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4244169. Acesso em 30/07/2018.

extremamente qualificada, o que implica significativa diferença na forma como são tratados os que são submetidos à persecução penal no Brasil – gerando, como se verá adiante, importantes consequências sociais.

É nos casos de grande repercussão, entretanto, que fica mais clara a falta de coerência de nosso sistema punitivo. Enquanto pessoas ainda são presas e condenadas por roubar gêneros alimentícios, provas obtidas através de grandes operações da Polícia Federal são anuladas por meras irregularidades, deixando sem qualquer punição os envolvidos.

Não há que se pensar, entretanto, que este é um caso isolado. De fato, a maioria dos casos supramencionados, nos quais a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu não ser devida a aplicação do princípio da insignificância, refere-se a pequenos furtos. Em um, inclusive, foram levados apenas alguns desodorantes e barras de chocolate.

Em contrapartida, todas as provas produzidas na Operação Satiagraha, realizada pela Polícia Federal, foram anuladas pelo Superior Tribunal de Justiça, devido à “participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN”. Complementa, ainda, o relator do Habeas Corpus nº 149250/SP: “Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99”¹⁸⁴. Causa ainda maior estranheza a referida decisão quando analisada paralelamente a outras, também proferidas pelo mesmo órgão colegiado, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Cite-se, nesse sentido, o seguinte aresto:

PROCESSO PENAL. ADMISSÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INTIMAÇÃO PARA PARTICIPAR DO PROCESSO. AUSÊNCIA. ATOS INSTRUTÓRIOS PRATICADOS POR ASSISTENTE DESCONSTITUÍDO EM VIRTUDE DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVO MANDATO. NULIDADE. ALEGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A ausência de admissão ou intimação do novo assistente da acusação para participar do processo, assim como a presença do antigo assistente nos atos processuais não trouxe qualquer prejuízo à defesa, de forma que não se mostra prudente anular a ação penal em virtude de mera irregularidade. 2. Mesmo considerando que o vício citado acarretou prejuízo, este se deu em relação à própria acusação, não cabendo à defesa arguí-la, conforme dispõe o art. 565, do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental desprovido.¹⁸⁵

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 149250/SP. Relator: Adilson Vieira Macabu. DJe 05/09/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901925658&dt_publicacao=05/09/2011. Acesso em 30/07/2018.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 941940 / PB. Relator: JORGE MUSSI. DJe 16/11/2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700841625&dt_publicacao=16/11/2010. Acesso em 30/07/2018.

Necessário mencionar, ainda, trecho do relatório referente ao mencionado *decisum*:

Segundo o agravante, a decisão objurgada incorreu em erro ao negar seguimento ao seu recurso especial, haja vista que a assistente da acusação, Dra. Nara Rúbia, mesmo após ter substituído o assistente anterior, não teria praticado nenhum ato processual no curso do processo. Desta forma, seriam absolutamente viciados os atos em que houve intervenção do assistente de acusação já desconstituído, Dr. João Estrela e Silva, tais como as audiências de instrução.

Ou seja, o mesmo órgão que entendeu tratar-se de mera irregularidade a participação de assistente de acusação já desconstituído em diversos atos processuais, inclusive audiências de instrução – tendo participado, portanto, diretamente da produção das provas durante o processo –, considerou “flagrantemente ilegal e abusiva” a simples participação de agentes da ABIN ainda durante a fase de investigação policial, referente à Operação Satiagraha, fato este capaz de gerar a nulidade de todas as provas produzidas durante a referida operação. Lembre-se que um dos principais investigados na Operação Satiagraha era o banqueiro Daniel Dantas, tendo sido este defendido por Andrei Zenkner Schmidt.

Em artigo intitulado *Prevencionismo x Humanitarismo: Uma Perspectiva Sistêmico-Cultural do Direito Penal*, Andrei Schimdt diz que uma análise sem preconceitos da intervenção penal revela que o Direito penal é um sistema fadado à ineficácia, pois se as leis penais fossem realmente aplicadas a todos os fatos que se enquadram no tipo penal, a maior parte da população seria condenada criminalmente várias vezes todos os anos. Conclui, assim, que “o Direito penal seleciona arbitrariamente suas vítimas, revelando-se, pois, a nítida distinção entre ser criminoso e ser criminalizado: quem pode mais enquadra-se no primeiro grupo; quem pode menos, no segundo”¹⁸⁶.

De fato, é exatamente a lógica enunciada pelo autor – a da seletividade do sistema penal – que vemos materializada no caso concreto.

Outro caso que ganhou considerável notoriedade foi a anulação do recebimento da denúncia na Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7, também pelo Superior Tribunal de Justiça, por considerar inválidas as provas produzidas durante a operação da Polícia Federal intitulada “Castelo de Areia”, que envolveu o nome de diversos congressistas brasileiros. A decisão proferida pelo STJ foi assim ementada:

HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA

¹⁸⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Prevencionismo x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal*. Revista de Estudos Criminais, a. 4, n. 14, 2004, p. 151.

CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS. As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal. A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa. A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social. Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual. Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7.¹⁸⁷

A ementa acima transcrita refere-se ao julgamento conjunto de dois *habeas corpus*. O primeiro, com pedido liminar, é o de n.º 137.349/SP, e foi impetrado em 27/5/2009 pelos advogados Alberto Zacharias Toron, Carla Vanessa T. H. de Domenico e Claudia Maria Bernasconi, tendo como autoridade coatora Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relatora do HC n.º 2009.03.00.014446-1. O Segundo *habeas corpus*, o HC de n.º 159.159/SP, no qual foi requerido e decretado o sigilo dos autos, também com pedido de liminar, foi ajuizado pelos advogados Celso Sanchez Vilardi e Luciano Quintanilha de Almeida e autuado sob o n.º 159.159/SP.

A despeito do teor da decisão, sintetizada na ementa acima colacionada, é necessário frisar que, quando da análise do pedido liminar do HC n.º 137.349/SP, restou registrado que:

Verifico, dentro desse contexto, que a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico, na verdade, cingiu-se aos dados telefônicos, o que não se confunde com a inviolabilidade das comunicações havidas por telefone. Destaco que a decisão é expressa no sentido de determinar que as empresas operadoras de telefonia forneçam senhas para possibilitar aos agentes federais o acesso aos seus bancos de dados e à obtenção dos dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários. Oportuno salientar, ainda, que os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão restritos à denúncia anônima, como querem fazer crer os impetrantes. Com efeito, colho dos autos que, além da denúncia anônima, o procedimento de interceptação telefônica também está lastreado em indícios obtidos a partir de investigações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus n.º 137349 / SP. Relator: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. DJe 30/05/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901010385&dt_publicacao=30/05/2011. Acesso em 30/07/2018.

Todavia, no momento da decisão final, preferiu a relatora ignorar tais dados, considerando insuficientes os fundamentos apresentados pelo magistrado de primeiro grau e afirmando a invalidade de todas as provas colhidas a partir da quebra de sigilo telefônico. Frise-se que a primeira medida autorizada judicialmente não foi sequer a interceptação das comunicações telefônicas do investigado, mas apenas a quebra de sigilo de dados telefônicos, já embasada em outros elementos de prova colhidos pela autoridade policial, a partir da qual foram obtidas provas que, juntamente com outros indícios, serviram de alicerce para a autorização das interceptações telefônicas.

A diferença no tratamento recebido pelos “clientes” do sistema penal em nosso país começa, porém, muito antes. A exposição na mídia da prisão de alguns “grandes contraventores”, como usualmente são chamados pela própria imprensa, motivou a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula Vinculante nº 11, referente ao uso de algemas, que prevê:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.¹⁸⁸

Apesar da decisão de editar a súmula ter sido, em tese, tomada pela Corte durante o julgamento do Habeas Corpus nº 91952 – quando foi anulada a condenação do pedreiro Antonio Sérgio da Silva pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista (SP), pelo fato de ter ele sido mantido algemado durante todo o seu julgamento –, o verdadeiro motivo da edição da súmula foi explicitado ainda na mesma ocasião, conforme noticiado no próprio site do STF: “No mesmo julgamento, a Corte decidiu, também, deixar mais explicitado o seu entendimento sobre o uso generalizado de algemas, diante do que considerou uso abusivo, nos últimos tempos, em que pessoas detidas vêm sendo expostas, algemadas, aos flashes da mídia”¹⁸⁹.

Sublinhe-se que, do ponto de vista conceitual, quando as garantias não são aplicadas igualmente para todos os cidadãos elas perdem o seu caráter de garantias, justamente porque muitos indivíduos não terão acesso a elas, o que retira destas o caráter de certeza, necessário à sua configuração. Como citado alhures, para Ferrajoli, o medo ou mesmo a simples desconfiança de um inocente – ou, dito de outra forma, de *qualquer* inocente – em relação à sua absolvição já é capaz de retirar a legitimidade de todo o sistema.

¹⁸⁸

Disponível

em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em 30/07/2018.

¹⁸⁹ Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467, acesso em 06/04/2018.

5.3. O “NOVO MOMENTO” DO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO: AS GRANDES INVESTIGAÇÕES¹⁹⁰

Não há como falar das peculiaridades do sistema penal brasileiro na atualidade sem mencionar o grande número de prisões ocorridas no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”, que incluem um significativo número de empresários e políticos, entre eles o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

Essa foi deflagrada em 17 de março de 2014, quando foram unificadas quatro investigações que apuravam a prática de crimes financeiros e desvio de recursos públicos. O nome Lava Jato faz referência a uma rede de lavanderias e a um posto de combustíveis de Brasília que era utilizado para movimentação financeira por uma das supostas organizações criminosas investigadas inicialmente, mesmo que, posteriormente, as investigações tenham tomado proporções muito maiores¹⁹¹. Até o ano de 2017 ela já contava com mais de cinquenta “fases” – o que, na prática, corresponde a mais de cinquenta operações diferentes, todas agrupadas sob a denominação genérica de “Lava Jato”, ainda que as operações recebam, em regra, nome específico referente a cada uma dessas fases. Considerando que muitos dos presos nessa operação são pessoas de grande poder aquisitivo, há quem entenda que a Lava Jato representa uma mudança no perfil da Justiça brasileira.

Nesse sentido, Joaquim Falcão afirma que a Lava Jato “se concretiza em estratégia indutiva que pode mudar a Justiça. Antes de mudar leis, teses e doutrinas, vem mudando a própria prática do Judiciário, da advocacia, Polícia Federal e Ministério Público. Jurídica, econômica e politicamente”¹⁹². Defende, assim, o referido jurista, que estamos diante de uma nova geração de juízes, procuradores e policiais, com mais mérito, experimentação, objetividade e rapidez.

Entretanto, nem todos veem nessas mudanças um incremento de qualidade do ponto de vista do respeito à Constituição. Lenio Streck, por exemplo, em resposta a um dos textos do autor acima mencionado, afirmou que chama a atenção a forma como o professor Falcão “vê com naturalidade, sem qualquer problema, a ruptura de garantias constitucionais

¹⁹⁰ Considerando que a maior parte dos pontos abordados nesse subtítulo refere-se a discussões bastante recentes, que ainda não possuem uma consolidação doutrinária, os textos utilizados são majoritariamente retirados de sítios eletrônicos da internet.

¹⁹¹ Disponível em <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>, acesso em 25/07/2018.

¹⁹² FALCÃO, Joaquim. Lava jato cria nova geração de juízes, promotores e advogados. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/joaquim-falcao-lava-jato-cria-geracao-juizes-advogados>>, acesso em 24/07/2018.

processuais, caracterizadoras da diferença entre processo civilizado e barbárie”, como – no caso do julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – o paradigma de que o ônus da acusação recai sobre o acusador e o fato de que foi negado ao réu o direito de produzir provas, bem como ignoradas as suspeições do juiz, do presidente do TRF-4 e até mesmo do relator, e, ainda, “o tempo recorde em que o recurso foi julgado”.¹⁹³

De fato, esse “novo modelo” de direito exaltado por Joaquim Falcão – intitulado, ironicamente, por Lenio Streck de “Direito 4.0” traz consigo algumas sérias preocupações. Uma delas é a característica enunciada por Falcão nas seguintes palavras: “o trabalho judicial não é mais solidão unipessoal, mas equipe interinstitucional. Judiciário, Ministério Público e Polícia Federal, resguardadas suas competências distintas, se unem em objetivo comum: produzir justiça”¹⁹⁴. Todavia, a separação clara entre acusador e julgador é uma das principais bases do sistema acusatório. Essa separação não pode ser apenas formal. Juiz e acusador não podem fazer parte da mesma “equipe interinstitucional”, sob pena de “transformar as competências distintas”, referidas por Falcão, em letra morta e os julgamentos em encenações vazias, onde o juiz – pertencente ao mesmo “time” do Ministério Público – condena os réus muito antes de proferir a sentença.

Outra característica marcante dos processos judiciais relativos à operação Lava Jato é a larga utilização do instituto da delação premiada. Ainda que a regulação desse instituto seja bastante parca em nosso ordenamento jurídico, a forma como esse vem sendo colocado em prática é bastante questionado por parte considerável da doutrina, especialmente tendo em vista o peso dado à palavra dos delatores para fundamentar diversas condenações. Sobre o ponto, Streck afirma que “também devemos exigir evidências empíricas dos delatores. Não basta dizer. Tem de demonstrar. E não basta apresentar uma agenda com siglas. Chega a ser patético que uma delação tenha como prova apenas siglas e sinais em uma agenda”. O referido autor menciona, ainda, o caso do doleiro Alberto Youssef, que sobre um mesmo fato, em suas delações, “chega a dar quatro, sim, incríveis quatro versões sobre o que delatou”.¹⁹⁵

Antes, porém, da operação Lava Jato, houve um outro marco na história de Poder Judiciário, onde se anunciaram vários dos aspectos que marcam, atualmente, os debates sobre

¹⁹³ STRECK, Lenio. O que é isto “o novo que pede passagem” do TRF4 e Joaquim Falcão. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/opinio-isto-passagem-trf-falcao>>, acesso em 24/04/2018.

¹⁹⁴ FALCÃO, Joaquim. Lava jato cria nova geração de juizes, promotores e advogados. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/joaquim-falcao-lava-jato-cria-geracao-juizes-advogados>>, acesso em 24/07/2018.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio. Direito 4.0 produz delações ilícitas e conduções inconstitucionais. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/streck-direito-40-produz-delacoes-ilicitas-conducoes-inconstitucionais>>, acesso em 25/07/2018.

o alcance das garantias constitucionais, que foi o julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal, o chamado caso do “mensalão”. Nesse, a Suprema Corte condenou parlamentares – entre outros acusados – por crimes como quadrilha ou bando, lavagem de dinheiro e corrupção passiva. Alguns aspectos desse julgamento tornaram-se bastante polêmicos, como a utilização distorcida da teoria do domínio do fato¹⁹⁶. Lenio Streck chamou a atenção para alguns outros pontos, como a discussão em plenário sobre a possibilidade de condenação com base em indícios não-judicializados (e, portanto, não crivados pelo contraditório) e a dificuldade de definição até mesmo do ônus probatório: “na AP 470, debateu-se, por horas, quem tinha o ônus de provar o quê. Se era o Ministério Público ou a defesa. [...] quase 25 anos de CF e ainda não sabemos quem deve provar o que em processo penal?”¹⁹⁷

Outro aspecto que foi objeto de críticas durante o julgamento da AP 470 foi a utilização na fundamentação dos votos proferidos pelos ministros do STF de todo tipo de doutrinadores, inclusive alguns com pensamentos completamente incompatíveis entre si. Além disso, muitos dos autores mencionados nos votos defendiam, explícita ou implicitamente, a existência, no Brasil, de um sistema processual penal misto, onde a fase pré-processual ainda guardaria natureza inquisitiva, de modo que somente após o recebimento da denúncia valeriam as regras do sistema acusatório. Ao defender que todos os contornos de um sistema acusatório estão traçados na Constituição Federal de 1988 – o que, aliás, afirmam também alguns dos defensores do “sistema processual misto” – Streck questionou: “Será que é possível, nessa quadra da História, admitir-se a possibilidade da coexistência, em um sistema normativo, de um texto legal e da Constituição, havendo desconformidade do primeiro em relação à segunda?”¹⁹⁸

É fato, portanto, que tem se desenvolvido, nos últimos anos, uma linha jurisprudencial de relativização das garantias constitucionais, especialmente no que tange ao direito penal e ao direito processual penal. Uma das principais ideias subjacentes a essa linha argumentativa consiste no chamado “garantismo integral”, que se opõe, segundo seus

¹⁹⁶ Claus Roxin, um dos principais teóricos a desenvolver a teoria do domínio do fato, criticou a forma como essa vinha sendo utilizada no Brasil, como evidenciado na seguinte matéria: <https://www.conjur.com.br/2014-set-01/claus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>, acesso em 25/07/2018.

¹⁹⁷ STRECK, Lenio. Aí, esse Joaquim é sinistro. Tá enjaulando bacana. Disponível em <<http://www.jurisciencia.com/artigos/ai-esse-joaquim-e-sinistro-ta-enjaulando-bacana-lenio-streck-conjur/1748/>>. Acesso em 25/07/2018.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio. O direito AM-DM (antes e depois do mensalão). Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-set-27/senso-incomum-direito-am-dm-antes-depois-mensalao>>. Acesso em 25/07/2018.

defensores, ao “garantismo hiperbólico monocular”¹⁹⁹. De acordo com essa construção, “a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e também coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição”.²⁰⁰

Douglas Fischer, um dos autores que trabalham nessa linha, reconhece que normas de hierarquia inferior e interpretações judiciais “não podem solapar ou restringir o que já está (e bem) delineado constitucionalmente na seara dos direitos (e deveres) fundamentais”²⁰¹. Entretanto, afirma ser papel do intérprete da Constituição compatibilizar os mandamentos constitucionais relativos à proteção dos cidadãos com as os direitos assegurados aos acusados em processos penais. Para esse autor, isso não configuraria uma negação dos princípios garantistas da Constituição, mas apenas uma leitura “integral” do projeto constitucional: “denominado de garantismo positivo, esse dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos”.²⁰²

Assim sendo, o “garantismo hiperbólico monocular” seria, para esses autores, uma visão distorcida da teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Seria *hiperbólico* pois supervaloriza a proteção dos acusados e *monocular* pois analisa essa de forma isolada, sem considerar os direitos dos demais cidadãos. Todavia, em relação a esses últimos, não é dada ênfase aos direitos sociais como um todo, buscando uma ação efetiva do Estado na criação de condições dignas para o pleno desenvolvimento dos indivíduos. É feita, na verdade, uma defesa quase exclusiva do direito à segurança.

Pelo que foi dito até aqui resta bastante claro que o “garantismo integral”, nos moldes acima enunciados, difere significativamente do que é defendido no presente estudo. Entre outros fatores, está a já citada lei do mais débil, enunciada por Ferrajoli, que explica porque, enquanto ocupa a posição de acusado, os direitos do indivíduo criminalizado devem

¹⁹⁹ De fato, várias manifestações dos Procuradores da República ligados à Operação Lava Jato demonstram isso, como as declarações do Procurador chefe da força-tarefa da operação, Deltan Dallagnol, veiculadas na seguinte entrevista, reproduzida em vários meios de comunicação: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>, acesso em 24/07/2018.

²⁰⁰ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017, p. 68.

²⁰¹ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017, p. 68.

²⁰² FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017, p. 78.

sobrepôr-se a eventuais generalizações relativas à segurança pública. Necessário lembrar, mais uma vez, que muitos dos acusados não são culpados, o que reforça a necessidade de proteção desses indivíduos, a fim de minimizar as chances de condenação de inocentes. Há, ainda, a simples constatação de que temos a terceira maior população carcerária do mundo com mais de 725 mil presos - sendo cautelares uma parte considerável dessas prisões -, o que torna difícil falar, genericamente, em “excesso de garantias” no Brasil.²⁰³

Entretanto, existe um fundamento em comum. Neste trabalho, bem como entre os defensores do chamado “garantismo integral”, está presente o reconhecimento de que há uma disfunção na práxis do garantismo penal em nosso país. Mas não há como criticar o nosso sistema penal sem abordar uma das características mais marcantes de nossa sociedade: a desigualdade. Essa é, no Brasil, tão significativa que temos praticamente um país dividido em dois²⁰⁴. É evidente que um atributo como esse necessariamente se reflete no Direito Penal, criando também dois sistemas de justiça. Por isso que qualquer análise que não leve em consideração esse aspecto acaba por se tornar incompleta e até mesmo caricata: ou desenha um sistema garantista, mas com centenas de milhares de presos em péssimas condições, ou um sistema medieval que consegue, ao mesmo tempo, fundamentar parte de suas decisões – e até mesmo de sua legislação – nas mais avançadas reflexões teóricas produzidas ao redor do mundo.

Como explicar, então, os fenômenos da Lava Jato e do “mensalão”? Se não há uma consistência em nossas decisões judiciais que assegure os direitos constitucionalmente previstos a todos os cidadãos, acaba por se formar, como dito acima, um *duplo* sistema de justiça. Defendemos, ao longo desse trabalho, que a vertente, por assim dizer, *não-garantista* desse sistema é destinada, em linhas gerais, aos pobres, enquanto a outra é assegurada às classes mais abastadas²⁰⁵. Todavia, é certo que a vertente não-garantista não precisa ser *necessariamente* aplicada apenas aos despossuídos. Loïc Wacquant²⁰⁶ lembra, por exemplo, como o massivo encarceramento atinge os imigrantes na Europa. Ainda que esses sejam

²⁰³ Dados divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2016, bem como disponíveis em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/sisdepen-informacoes-penitenciarias-consolidarao-base-de-dados-nacional>, acesso em 25/07/2018.

²⁰⁴ Expressões como *Belíndia* e *Dinamália* já foram utilizadas para definir o Brasil, como um país que comporta, ao mesmo tempo, uma sociedade avançada e outra miserável, uma mistura de Bélgica com Índia ou de Dinamarca com Somália.

²⁰⁵ Vale lembrar que essa divisão não ocorre, na prática, de forma tão clara. Evidentemente, encontramos magistrados que aplicam as garantias constitucionais a todos, indistintamente, bem como outros que as ignoram independentemente do réu, mas estruturalmente é possível reconhecer a ligação entre a capacidade econômica do réu e o tratamento judicial que recebe.

²⁰⁶ Ver WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, especialmente o capítulo II, no subtítulo *Precários, estrangeiros, drogados: os “clientes” privilegiados das prisões europeias*.

também majoritariamente pobres, isso demonstra que outros critérios podem influenciar na seletividade do sistema penal.

Como demonstrado no segundo capítulo, vivemos em um país de instituições democráticas bastante frágeis, onde, de acordo com a já mencionada frase de Sérgio Buarque de Holanda, a democracia “foi sempre um lamentável mal-entendido”. Com constantes movimentos de ruptura política capitaneados por setores de nossa elite, especialmente ao longo do século XX, vimos diversas formas de desestabilização de governos e de disputas entre grupos políticos. Nessas, entretanto, a participação do Poder Judiciário sempre foi de menor importância. Isso mudou com o contexto internacional de crise do Estado – descrito no primeiro capítulo – quando o juiz constitucional se tornou um ator intensamente conectado ao jogo político, influenciando de maneira cada vez mais intensa os equilíbrios institucionais. Esse movimento, como dito, faz parte de um cenário maior de questionamento dos representantes eleitos e de crescimento de todo o Poder Judiciário.

É notável que, no Brasil, a Ação Penal nº 470 tenha sido antecipado, em vários aspectos, a operação Lava Jato. Primeiramente, os juízes constitucionais, depois, o Poder Judiciário como um todo, começaram a exercer um papel central no jogo político nacional. Necessário lembrar, porém, que aqui o jogo político é disputado, tradicionalmente, entre ramos da elite. A inclusão do Judiciário nas contendas políticas ganhou, então, no Brasil, um novo sentido. Ele foi integrado às disputas das elites políticas do país e passou a participar dessas através da aplicação de sua seletividade, especialmente no campo penal.

Vale ressaltar que não se está a afirmar que qualquer um dos condenados no âmbito da operação Lava Jato ou no julgamento da AP 470 são inocentes ou culpados, mas apenas – o que é evidente – que várias garantias constitucionais foram relativizadas nesses processos. Frise-se, ainda, que esse fenômeno sempre ocorreu no Poder Judiciário, mas antes era reservado àqueles que não tinham acesso a uma defesa consistente, àqueles pessoas sem voz, sem visibilidade, e agora é feito “à luz do dia”, em julgamentos e operações televisionadas e, para o espanto de muitos, aplaudidas por grande parte da população. Além disso, é certo que a seletividade do sistema penal permanece, pois outros réus continuam a ser julgados dentro de uma perspectiva estritamente garantista.

Um dos principais exemplos desse fato é a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292, em fevereiro de 2016, também citada no capítulo anterior, quando restou decidido que é possível a execução da pena após a condenação em segunda instância. Esse é um marcante caso de relativização das garantias constitucionais por meio do ativismo judicial, sob os aplausos da imprensa e do grande público. Porém, mesmo depois de fixada

essa orientação pelo STF, foram proferidas decisões em sentido contrário por ministros da própria Suprema Corte, como a do ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* nº 135.100/MG, concedendo liminar para suspender a execução do mandado de prisão expedido contra o réu, condenado em segundo grau, com base no princípio da presunção de inocência.

Restam, assim, fundadas dúvidas se os procedimentos e os entendimentos adotados nos julgamentos e operações acima mencionados representam, de fato, um novo momento no Poder Judiciário brasileiro – onde será generalizada a “vertente não-garantista”, ou, pelo menos, essa deixará de ter uma aplicação marcadamente social – ou se, passada a crise política, esses constituirão apenas um reforço argumentativo dentro da mesma lógica que dominou, ao longo das últimas décadas, a práxis do garantismo penal no Brasil: a Constituição para o andar de cima e os códigos (inquisitoriais) para o andar de baixo.

Por fim, ainda que crises políticas e rupturas institucionais não sejam algo raro em nossa história, elas costumam ter um intervalo de tempo de algumas décadas entre uma e outra. Por outro lado, centenas de pessoas marginalizadas são presas e condenadas diariamente em nosso sistema penal. Ainda que seja impossível prever qual será exatamente o desenrolar dos fatos, parece bastante provável que, estabilizada a situação política, a seletividade do Poder Judiciário volte a ser marcadamente econômica e social, com as consequências daí advindas, que serão examinadas no próximo tópico.

5.4. O ESTIGMA E A REPRODUÇÃO DA DESIGUALDADE: AS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DO CÁRCERE

Inicialmente, cabe ressaltar que o sistema penal de uma determinada sociedade não está ligado apenas ao controle da criminalidade. Vários outros interesses podem influenciar diretamente nas práticas penais, como, por exemplo, a escassez ou abundância de mão de obra. As instituições de controle social visam a dissuadir os desempregados – que, perante a fome e as necessidades, se mostram mais propensos a cometer delitos – através de penas severas. Por outro lado, em uma sociedade onde os trabalhadores são escassos, a execução penal terá uma função diversa, pois não se trata apenas de impedir que as massas sufocadas pela fome satisfaçam suas necessidades mais elementares. Assim, a execução penal pode se limitar a obrigar os mais resistentes ao trabalho e a ensinar “delinquentes” que devem se contentar com o salário que recebe um “trabalhador honrado”²⁰⁷.

²⁰⁷ NEDER, Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. 2. ed. Niterói: Eduff, 2012, p. 73.

Como lembra Loïc Wacquant, a “penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países”. Esse modelo de sistema punitivo é ainda mais sedutor e mais nefasto quando aplicado em países marcados por fortes desigualdades de oportunidades e de condições de vida, bem como pela fragilidade de suas instituições democráticas, sendo, portanto, muito menos capazes de lidar adequadamente com as transformações da economia, dos mercados de trabalho e com os diversos problemas sociais por essas causados.²⁰⁸

Desse modo, aliamos, em nosso país, uma sociedade extremamente desigual, com um sistema penal que pretende suprir a ausência do Estado na área social, e um sistema constitucional garantista, que deveria assegurar – na seara penal – uma série de direitos a todos os réus e acusados. É evidente que essas duas facetas de nossa sociedade possuem lógicas completamente incompatíveis, sendo essa uma das principais razões para as diferenças no tratamento recebido pelos indivíduos criminalizados no Brasil. Alguns tem acesso a um processo de cunho verdadeiramente garantista, com o contraditório, a ampla defesa, o ônus probatório da acusação e etc., enquanto sobre outros recai o peso do aparato punitivo estatal, cada vez mais forte em razão da pífia atuação no Estado em outras áreas.

Além disso, o fato de haver, na prática, uma significativa diferença no tratamento recebido por cada indivíduo ao se deparar com o aparato punitivo estatal, de acordo com a classe social a que pertence, é um fator que colabora com a manutenção – ou até com o agravamento - da desigualdade social existente em nosso país. Isso se deve ao fato de que a simples passagem do indivíduo pelo sistema carcerário marca sua vida para sempre, diminuindo sobremaneira qualquer possibilidade de ascensão social. Ou seja, uma pessoa pobre, que ordinariamente já teria menos oportunidades, ao passar pelo sistema prisional vê serem praticamente eliminadas suas possibilidades de crescimento profissional, além de um sem-número de outras dificuldades criadas pelo estigma do cárcere.

Não é outra a razão da existência do projeto *Começar de Novo*, do Conselho Nacional de Justiça, que busca a criação de vagas de trabalho para ex-detentos, para que estes não voltem a delinquir. Segundo estimativas do próprio CNJ o índice de reincidência no Brasil varia entre 60 e 70%²⁰⁹.

²⁰⁸ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 7.

²⁰⁹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>, acesso em 10/03/2017. Frise-se que esses dados variam significativamente de acordo com os critérios adotados em cada pesquisa realizada.

Wacquant alerta para os custos financeiros, sociais e humanos astronômicos do aprisionamento da miséria. Ainda que, a curto prazo o aumento substancial da população carcerária possa reduzir artificialmente o índice de desemprego, omitindo das estatísticas uma significativa reserva de pessoas em busca de emprego, “a médio e a longo prazo, só pode agravá-lo ao tornar mais dificilmente empregáveis - até mesmo inempregáveis num mercado de trabalho desqualificado bastante concorrido - aqueles que estiveram presos”. Ademais, é necessário lembrar dos efeitos do encarceramento sobre as populações das localidades mais diretamente colocadas sob a tutela penal, como a estigmatização, prejuízo a estratégias escolares e profissionais, desestabilização de famílias, e, ainda, o surgimento, nas comunidades onde a prisão se banaliza, de “uma ‘cultura de resistência’, até mesmo de desafio, à autoridade, e todo o cortejo das patologias, dos sofrimentos e das violências (inter)pessoais comumente associadas à passagem pela instituição carcerária”.²¹⁰

Sobre a questão do estigma de determinados grupos de indivíduos, como os ex-presidiários, Goffman esclarece que não apenas os estigmatizados sofrem os efeitos da marca carregada, mas também aqueles que vivem ao seu redor:

Um segundo tipo de pessoa "informada" é o indivíduo que se relaciona com um indivíduo estigmatizado através da estrutura social - uma relação que leva a sociedade mais ampla a considerar ambos como uma só pessoa. Assim, a mulher fiel do paciente mental, a filha do ex-presidiário, o pai do aleijado, o amigo do cego, a família do carrasco, todos estão obrigados a compartilhar um pouco o descrédito do estigmatizado com o qual eles se relacionam²¹¹.

E cita, ainda, o mencionado autor, um trecho de uma carta enviada a um jornal norte-americano, descrevendo a situação de uma criança de 12 anos que foi excluída de toda atividade social porque seu pai era um ex-presidiário. A menina relatou que tentava ser amável e simpática com todo mundo, mas o preconceito era mais forte: “Minhas colegas de escola me disseram que suas mães não querem que elas andem comigo, pois isso não seria bom para a sua reputação. Os jornais fizeram publicidade negativa de meu pai e apesar de ele ter cumprido sua pena ninguém esquecerá do fato”²¹².

A marca deixada pelo cárcere no indivíduo é algo tão profundo, com tantas implicações, especialmente no seu relacionamento social, que é comum que ex-detentos tentem ocultar esse aspecto de seu passado. De fato, são raras as situações em que o fato de já ter estado internado no sistema prisional pode beneficiar uma pessoa ou, mesmo, ser admitido

²¹⁰ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 143.

²¹¹ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. São Paulo: LTC, 1989, p. 28.

²¹² GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. São Paulo: LTC, 1989, p. 29.

por outras pessoas sem maiores implicações para o ex-presidiário. Por outro lado, o encobrimento do fato quase sempre trará consequências positivas, tendo em vista o preconceito quase generalizado que existe contra os ex-dententos, não só no Brasil, mas na maior parte das sociedades:

Devido às grandes gratificações trazidas pelo fato de ser normal, quase todos os que estão numa posição em que o encobrimento é necessário, tentarão fazê-lo em alguma ocasião. Mais ainda, o estigma do indivíduo pode estar relacionado a questões que não convém divulgar a estranhos. Um ex-presidiário, por exemplo, só pode revelar amplamente o seu estigma, prevalecendo-se de maneira imprópria de meros conhecidos, contando-lhes fatos pessoais que vão além do que a relação realmente justifica. Um conflito entre a sinceridade e o decoro será, quase sempre, resolvido em favor desse último²¹³.

Assim sendo, se o sistema penal favorece a internação dos indivíduos de uma determinada classe social nas prisões, certamente esse segmento da sociedade terá maiores dificuldades em alcançar uma condição econômica mais favorável – não apenas aquelas pessoas que passaram diretamente pelo sistema carcerário, mas também o grupo de indivíduos que os rodeia, como anteriormente exposto. Gera-se, desse modo, um ciclo vicioso, onde aqueles que não possuem recursos financeiros tendem a ser os criminalizados, os selecionados pelo sistema penal, e a marca gerada por essa seleção colabora de forma decisiva para que continuem socialmente excluídos.

Percebe-se, portanto, que – por mais paradoxal que possa parecer, já que os próprios garantistas defendem que muitos dos problemas combatidos através Direito Penal só podem ser resolvidos com uma maior justiça social – o garantismo penal, em nosso país, ajuda a perpetuar as desigualdades econômicas e sociais, pois, na prática, não se aplica a todos. Isso se dá justamente porque, como anteriormente explicado, ao não serem as garantias constitucionais asseguradas a todos os cidadãos, perde-se o seu caráter de certeza e, desse modo, os direitos fundamentais (especialmente no que tange ao direito penal) acabam funcionando como uma espécie de privilégio ao qual apenas parte da população tem acesso “garantido”. Fica claro, desse modo, que o garantismo inclui-se na longa linha de teorias e ideologias, importadas pelos pensadores nacionais, mas que aqui adquiriram um novo significado, colaborando mais para a manutenção das estruturas fundamentais de nossa sociedade do que para a sua transformação.

É claro que este quadro, em nosso país, extrapola os limites do Direito Penal. Situação semelhante ocorre em relação a diversos outros direitos constitucionalmente

²¹³ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. São Paulo: LTC, 1989, p. 66.

previstos, que só possuem ampla eficácia para aqueles que podem se valer do poder judiciário, especialmente quando representados por advogados de notória competência. Cite-se, apenas como exemplo, os processos referentes à desocupação da localidade conhecida como “Pinheirinho”, bem como a própria operação de retirada dos moradores da área, narrada pelo Defensor Público Jairo Salvador durante audiência pública²¹⁴. Todavia, é em relação ao Direito Penal que as consequências dessas disparidades são mais preocupantes, justamente em função do estigma deixado pelo cárcere na vida dos cidadãos que, além de importantes repercussões psicológicas, acaba colaborando com a perpetuação das diferenças econômicas, já que dificulta ainda mais a ascensão social dos indivíduos criminalizados e daqueles que os rodeiam.

²¹⁴ Vídeo disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=rqpe6zJH9Tk>, acesso em 06/04/2018.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise do Estado trouxe consigo uma série de questionamentos a respeito de vários conceitos que foram fundamentais durante toda a modernidade. Ou, olhando por outro ângulo, talvez tenha sido a superação – ou a exasperação – de valores da modernidade que culminaram em um novo olhar sobre a sua principal instituição. Enquanto alguns autores entendem haver diversos pontos de ruptura entre o momento atual e o período moderno, suficientes para caracterizar uma pós-modernidade, outros entendem estarmos vendo, nos dias atuais, não exatamente uma transformação de modelo, mas sim uma mudança de escala – já que a tensão entre o princípio da mundialidade e o da territorialidade sempre foi uma característica da modernidade, ainda que esteja mais intensa nas últimas décadas do que em qualquer outro momento –, associada a uma exacerbação de várias características da própria modernidade, como o individualismo, o consumismo etc.

Uma das características desse fenômeno é a crise de representação que atingiu as democracias ao redor do mundo. Fatores como a incapacidade dos representantes de atender às expectativas dos cidadãos, a proliferação de escândalos de corrupção e as chamadas “mentiras de Estado” levaram à quebra do vínculo de confiança que era um dos fundamentos da democracia representativa.

Essa crise de representação – associada ao reconhecimento da Constituição como um instrumento de limitação do poder – abriu espaço para um crescimento sem precedentes da importância atribuída aos mecanismos jurídicos e, conseqüentemente, do Poder Judiciário. Essa “nova” importância dos mecanismos jurídicos deu-se, nas últimas décadas, em um contexto de recrudescimento do individualismo, com a crise do Estado-Providência, trazendo ao centro do debate os direitos fundamentais, especialmente na perspectiva dos direitos individuais – a partir de agora reconhecidos e ressignificados especialmente por um Poder Judiciário hipertrofiado.

É nesse cenário de intensas mudanças no contexto internacional que se inserem o garantismo e o ativismo judicial. Entretanto, no Brasil, esses fenômenos ganharam feições próprias, como já acontecera diversas vezes antes. Ao longo de nossa história, um sem-número de conceitos foram importados de países em estágios de desenvolvimento econômico e social completamente diversos e aqui reproduzidos, sem qualquer preocupação com a

aplicabilidade dos mesmos à nossa realidade social. Esse processo se deu em razão da necessidade de legitimação de nossas instituições e não em virtude de uma verdadeira preocupação em modificar nossas estruturas sociais. Assim, grande parte das teorias para cá trazidas serviu não como ferramenta de transformação de nossa sociedade, mas, paradoxalmente, como instrumento de manutenção do *status quo* local, legitimando as estruturas sociais vigentes.

Como demonstrado, o garantismo penal e o ativismo judicial fazem parte extensa linha de teorias – que remonta aos primórdios de nossa colonização – importadas pelos pensadores nacionais, mas que aqui adquiriram um novo significado, colaborando mais para a conservação das estruturas fundamentais de nossa sociedade do que para a sua transformação.

No que tange ao ativismo, apesar de existirem divergências doutrinárias quanto à sua definição, esse é entendido, no presente trabalho, como uma postura adotada pelo magistrado. Assim, um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado, ou de um conjunto de magistrados.

Caso o ativismo judicial seja conceituado apenas como o crescimento do âmbito de atuação do poder judiciário, em razão de uma série de mudanças ocorridas no seio da sociedade, é impossível tecer qualquer crítica consistente a este. Desse modo, é necessário repisar que o crescimento da atuação do judiciário em função de um dado contexto social é o fenômeno referente à judicialização da política, enquanto o ativismo judicial refere-se especificamente ao comportamento dos magistrados, que decidem utilizando-se de critérios não jurídicos.

Porém, é evidente que as decisões não são abertamente fundamentadas em argumentos morais. Há sempre uma “roupagem jurídica” no *decisum*. São utilizados excertos doutrinários, retirados das obras de grandes autores, para servir como fundamento, sem qualquer preocupação com a coerência entre aquilo que está sendo decidido e o pensamento do autor utilizado. Ou, o que é mais comum, é feita uma ponderação de valores constitucionais supostamente envolvidos – sendo que quem “escolhe” os princípios em aparente conflito é, evidentemente, o magistrado – sem o necessário cuidado metodológico para a realização de uma verdadeira ponderação entre princípios. Em último caso, apela-se para um princípio com alto grau de abstração, capaz de “fundamentar” qualquer decisão.

Pode, ainda, como no exemplo da Súmula nº 452 do Tribunal Superior do Trabalho, ser apenas tangenciada a questão central do debate jurídico, sendo utilizados como fundamentos das decisões argumentos que claramente não são juridicamente aptos para

sustentá-las. O Supremo Tribunal Federal também não está isento de práticas ativistas. Nem sempre é uma tarefa simples diferenciar argumentos jurídicos de argumentos metajurídicos. Essa dificuldade, sem dúvida, é ampliada quando se está a tratar dos “grandes temas” debatidos pela Suprema Corte. Todavia, há casos em que resta evidente o ativismo praticado pelo Pretório Excelso.

O ativismo judicial é defendido por muitos como uma forma de atenuação da inércia/incompetência dos outros poderes. De fato, não se pode duvidar que há, em muitos juízes que adotam essa postura, a vontade de resolver problemas existentes em nossa sociedade. Nem por isso, contudo, sua atuação deixa de ser autoritária. Ora, a função pública – como a do magistrado – exige o exercício de um determinado número de competências. Excedê-las, ainda que com intenções nobres, é ferir a coisa pública – a *Res publica* – em evidente ofensa à própria democracia.

Lembre-se, portanto, que, como defendido até aqui, não há discricionariedade na função do juiz. Cabe a este, sim, encontrar a resposta constitucionalmente mais adequada para cada caso. O magistrado que decide com base em critérios morais, ainda que dê uma aparência jurídica à sua decisão, está concentrando em suas mãos um poder que, de fato, não lhe pertence. Em um país onde a visão geral da população sobre o Poder Legislativo é extremamente ruim, esse fato pode não soar, para muitos, de maneira tão negativa, ao menos em uma análise superficial. Lembremos, todavia, que a separação dos poderes não é gratuita, assim como não são gratuitos os mecanismos de controle entre os poderes. Estes têm o objetivo, desde as chamadas “faculdade de estatuir” e “faculdade de impedir”, enunciadas por Montesquieu, de evitar a concentração de poder e, em última análise, um governo autoritário.

Em um momento histórico em que se veem clamores de uma parcela – ainda que reduzida – da população pelo retorno de um governo ditatorial, reforça-se a importância de esclarecer que a concentração de poder, em qualquer dos poderes da República, tem efeitos profundamente deletérios para a sociedade. De fato, ainda que, em um primeiro momento, a maior capacidade de ação de um poder concentrado – seja no âmbito do Poder Executivo, seja no âmbito do Poder Judiciário – possa atrair a simpatia de alguns, a menor capacidade de controle sobre esse poder sempre tenderá a causar danos para a coletividade. Esta lição não é nova. Já Rousseau, n’*O Contrato Social*, defendia que a concentração de poder trazia condições para uma ação mais efetiva. Essa ação, porém, não se daria em benefício da sociedade²¹⁵.

²¹⁵ Sobre o tema, afirma Rousseau que “[...] a vontade do povo, a do príncipe, a força pública do Estado e a força particular do governo respondem todas ao mesmo móvel. Todos os recursos da máquina estão nas mesmas

Assim sendo, não se deve questionar a intenção de um magistrado que adota uma postura ativista. Seja em razão da busca por soluções para problemas da sociedade ou apenas por crer o juiz que o poder que lhe foi atribuído pela função pública é maior do que realmente é, o ativismo não é compatível com o nosso modelo de democracia. Essa postura, quando vista sob um prisma geral, não colabora com a concreção de direitos fundamentais ou com a realização do projeto democrático da Constituição. Ao contrário, ele perpetua e legitima práticas autoritárias, práticas essas que sempre permearam nossas relações sociais e que se reinventam constantemente, apresentando as velhas ideias com uma nova roupagem, mas sempre com os mesmos propósitos.

Já no que se refere ao garantismo penal, é importante repisar que a crítica realizada no presente trabalho não é direcionada à produção teórica construída dentro dessa linha de pensamento, mas sim à transposição desta à realidade brasileira sem a devida consideração das especificidades de nosso desenvolvimento sociocultural e das diferenças materiais existentes entre o Brasil e os países nos quais a teoria foi produzida e consolidada. Isto faz com que, infelizmente, os princípios do garantismo penal sirvam frequentemente, aqui, para justificar racionalmente a impunidade de uma pequena parcela da população (a mais rica), ao invés de garantir a todos a efetivação de seus direitos constitucionalmente previstos.

Já em uma de suas premissas básicas – a desigualdade de forças entre acusação e defesa –, os autores garantistas nacionais ignoram um aspecto fundamental de nossa sociedade, cuja análise é necessária para a compreensão de nosso sistema penal.

Na relação Estado acusador/indivíduo acusado o primeiro dedica apenas uma parte ínfima do total de sua força buscando a condenação do indivíduo, enquanto o segundo tende a empregar a maior parte de seus recursos – ou até a totalidade – buscando a sua absolvição. Desse modo, em um país como o Brasil, onde os recursos da polícia judicial são poucos e, apesar de estarmos entre as maiores economias do mundo, a desigualdade na distribuição da renda é enorme, aqueles indivíduos que estão no topo da pirâmide social acabam, por vezes, ficando em uma posição de superioridade em relação à acusação, não por serem mais fortes do que o Estado como um todo, mas por possuírem mais recursos do que aqueles empregados

mãos, tudo caminha para o mesmo fim; não há movimentos opostos que se destruam reciprocamente, e não se pode imaginar nenhum tipo de constituição em que um menor esforço produza ação mais considerável. Arquimedes, sentado tranquilamente na praia e sirgando sem trabalho um grande navio, representa, a meu ver, um monarca hábil governando do próprio gabinete seus vastos Estados e fazendo tudo mover-se, aparentando estar imóvel. No entanto, se não existe governo que possua mais vigor, também não há outro em que a vontade particular tenha mais império e domine mais facilmente as demais. Tudo caminha para o mesmo fim, é certo, mas este está longe de ser o da felicidade pública, e a própria força da administração reverte incessantemente em prejuízo do Estado”. ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 87-88.

pelo Estado na condenação de um único indivíduo. Ainda assim, é evidente que esses indivíduos devem ter acesso a todo um sistema de garantias, tendo em vista a gravidade das penas que eventualmente podem ser aplicadas, mas também é claro que deveriam receber mais atenção aqueles indivíduos que já se encontram em uma situação de hipossuficiência. Entretanto, contraditoriamente, justamente aqueles indivíduos economicamente menos favorecidos é que veem, muitas vezes, suas garantias constitucionais negadas. Ou seja, exatamente aqueles que, na prática, são os que mais precisam, não conseguem ver assegurados seus direitos constitucionais.

Assim, apesar de existirem diversos dispositivos em nossa Constituição que garantem um sistema penal de modelo garantista, conceitualmente, não podemos dizer que existam realmente garantias em nosso direito penal, já que, não sendo de fato assegurados para todos os cidadãos, os direitos constitucionais perdem o seu caráter de certeza, necessário à configuração de qualquer garantia. Justamente por não serem garantidos a todos os cidadãos, independentemente de sua classe social, os direitos constitucionais em matéria penal funcionam como uma espécie de privilégios, servindo, contraditoriamente, para perpetuar as mesmas estruturas sociais e a desigualdade econômica, já que favorecem a internação no sistema carcerário dos indivíduos dos setores menos favorecidos da população, sendo que o estigma deixado pelo cárcere faz com que estes cidadãos, bem como o grupo de indivíduos que os rodeia, tenha ainda menos chances de ascender socialmente.

É necessário lembrar, ainda, que grande parte dos doutrinadores que trabalham dentro da perspectiva do garantismo penal afirma que comumente se atribui ao direito penal a capacidade de lidar com o fenômeno da criminalidade, capacidade esta muito superior a que o direito penal realmente tem, já que o problema da criminalidade tem como principais fatores questões econômicas e sociais. Estes autores reconhecem, portanto, que este a criminalidade é um problema complexo, com profundas implicações de cunho sociológico. Todavia, as críticas por esses tecidas geralmente ficam limitadas ao âmbito jurídico, já que apenas é criticado o tratamento jurídico-penal dado aos acusados. Esse tipo de análise, porém, não contribui significativamente para a resolução do problema, pois ataca apenas uma das consequências da desigualdade social. Assim, de acordo com o quadro desenhado no decorrer deste trabalho, é necessário ir além das construções meramente jurídicas já feitas sobre o tema para concluir que a primeira e fundamental reforma a ser feita no sistema penal brasileiro é algo que vai muito além do próprio direito penal, ou seja, a distribuição mais racional da renda nacional.

Desse modo, é importante sublinhar que não se está aqui a defender-se um enrijecimento no sistema penal brasileiro, até porque, como dito acima, a diminuição da violência passa necessariamente pela justiça social. O que deve ser ressaltado é que a forma como os princípios do garantismo penal são aplicados no Brasil é que contribui para a manutenção do *status quo*. Mas, mais do que isso, a exemplo do que ocorreu com diversas outras teorias importadas para o nosso território, conforme exposto no segundo capítulo, os princípios do garantismo penal ajudam também a legitimar a própria desigualdade de tratamento entre os réus, pois é com base nesse instrumental teórico que são fundamentadas as decisões tomadas, em casos concretos, quando aqueles que tem acesso a uma defesa realmente consistente fazem valer seus direitos constitucionalmente previstos. Ou seja, analisadas individualmente, as referidas decisões estão em perfeita sintonia com os conceitos que embasam o garantismo penal. O que fere a coerência do sistema é que muitos, especialmente os representantes das classes menos afortunadas, não recebem o mesmo tratamento.

Já que foi feita, portanto, uma opção política pela existência das penas privativas de liberdade, é necessário ter em mente que, dentro desta lógica punitiva, todos devem julgados obedecendo aos mesmos critérios. Se assim não for, a marca de já ter passado pelo sistema carcerário, a pecha de ex-presidiário, sempre pesará com maior intensidade sobre os mais pobres, o que colaborará para que estes estejam sempre à margem da sociedade.

Seguindo o mesmo raciocínio, há que se perceber que – se a violência está ligada à desigualdade social e, ainda, se a forma como são aplicados os princípios garantistas em nosso país colabora para a legitimação e manutenção desta desigualdade –, obviamente, a práxis do garantismo penal no Brasil contribui para a perpetuação da própria violência. Em suma, ao não serem de fato garantidos os direitos constitucionalmente previstos de maneira uniforme a todos os cidadãos, não apenas os princípios sobre os quais se ergue o garantismo penal perdem o seu valor, como estes acabam colaborando para conservar tudo que, em tese, ele se propõe a combater.

Percebe-se, portanto, que, ao contrário do que muitos defendem, alguns dos principais problemas da sociedade brasileira não exigem “soluções milagrosas”. Requerem apenas uma medida tão simples quanto difícil de ser implementada: a efetivação do Estado de Direito constitucionalmente previsto. De fato, até mesmo se limitarmos a análise à concretização dos chamados direitos de primeira dimensão a todos os indivíduos, já será possível perceber que essa medida teria um impacto significativo em nossas relações sociais, pois evitaria o ciclo de perpetuação da violência acima mencionado.

Em um país onde a atual constituição foi promulgada no ano de 1988 e, curiosamente, ainda subsiste um Código Penal datado de 1940, cujos preceitos colidem frontalmente com os princípios constitucionais, percebe-se a existência de uma antiga realidade, mas revestida de uma nova roupagem: “aos amigos, as garantias constitucionais, aos inimigos, os rigores da lei”.

Por fim, é necessário repisar que os dois fenômenos abordados no presente trabalho – o garantismo que “não garante” e o ativismo judicial disfarçado de neoconstitucionalismo – estão claramente conectados. Se não houvesse o ativismo, as decisões teriam que ser fundamentadas racionalmente, sendo mantida a coerência e integridade do direito, o que impediria que as garantias constitucionais fossem asseguradas apenas para alguns. Desse modo, evitar-se-ia, em grande medida, a legitimação, no plano jurídico, de nossas estruturas sociais marcadas pelo autoritarismo e pela desigualdade.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABREU, Luciano Aronne de. Estado Novo: Autoritarismo e Conciliação Política. **Justiça & História** (Impresso), v. 7, p. 113-124, 2010.

ABREU, Luciano Aronne de. **Autoritarismo e democratismo**: uma leitura do Estado Novo. In: IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre.

ABREU, Luciano Aronne de. O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937. **Revista Estudos Históricos**, vol. 29, n. 58, p. 461-480, 2016.

ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, Vol. 120, p. 1737-1812, 2007.

ALEXY, Robert, **Teoria discursiva do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ARENDT, Hannah. **Da revolução**. São Paulo: Ática em coedição com a Universidade de Brasília, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794> > Acesso em: 22/01/2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> > Acesso em 22/01/2018.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador. Março/abril/maio 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1 - Parte Geral, 23ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, o ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Campus: 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. **Ciência política e teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 941940 / PB. Relator: Jorge Mussi. DJe 16/11/2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700841625&dt_publicacao=16/11/2010. Acesso em 30/07/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 137349 / SP. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. DJe 30/05/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901010385&dt_publicacao=30/05/2011. Acesso em 30/07/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 149250/SP. Relator: Adilson Vieira Macabu. DJe 05/09/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901925658&dt_publicacao=05/09/2011. Acesso em 30/07/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 126.292. Relator Min. Teori Zavascki DJE 07/02/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 30/07/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Embargos Infringentes 1.0024.02.810824-9/003. Relator Nicolau Maselli. DJ 11.04.2008. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=C DAB4D7062AC6777B2EC73022DE14BDE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.02.810824-9%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 29/07/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70044378354. Relator: Genacéia da Silva Alberton .DJ 04/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter

=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70044378354&as_q=#main_res_juris. Acesso em 30/07/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70048499164. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. DJ 19/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70048499164&as_q=#main_res_juris. Acesso em 30/07/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Apelação Criminal nº 2002.70.03.000849-8. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteadó. D.E. 18/04/2007. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1427923. Acesso em 30/07/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Habeas Corpus nº 0005475-02.2011.404.0000. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteadó. D.E. 13/09/2011. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4244169. Acesso em 30/07/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Habeas Corpus nº 2007.04.00.017910-9. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteadó. D.E. 09/04/2008. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1785031. Acesso em 30/07/2018.

BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Garantismo à brasileira: uma análise crítica da aplicação do princípio da insignificância. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Vol. 61, n. 3, p. 165-187, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **A (in)transparência dos direitos fundamentais: das origens aos limites da teoria discursiva em Robert Alexy**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Joaquim. Lava jato cria nova geração de juízes, promotores e advogados. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/joaquim-falcao-lava-jato-cria-geracao-juizes-advogados>>, acesso em 24/07/2018.

FAORO, Raymundo Faoro. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Vol 1. 13ª ed. São Paulo: Globo, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-56, 2012.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017.

FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative. **International journal of constitutional law**, Vol. 4, n. 3, p. 439-459, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Ordem e progresso**. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GIDDENS, Anthony, **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: da UNESP, 1991.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**, 4ª Ed. São Paulo: LTC, 1989.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do paraíso**. 5ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Estado do bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’. **California Law Review**, Vol. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford: Oxford University Press 1995.

LEGRAND, Pierre. **A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014.

LIMBERGER, Têmis. BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol 1. 7ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal – Introdução crítica**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR. Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização: as categorias do tempo**. São Paulo: da UNESP, 1995.

MARRAMAO, Giacomo. **Tertium datur?** Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto ainda não publicado.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 3ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONSTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. 2ª ed. Niterói: Eduff, 2012.

NEDER, Gizlene. **Illuminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NUNES, António José Avelãs. **O estado capitalista e as suas máscaras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PEREIRA LIMA, Danilo. **Constituição e poder: limites da política no Estado de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?.** Barcelona: Gedisa, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>> acesso em 24/03/2018.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Vol. 6, n. 2, p. 142-154, 2014.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**, 30ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: colônia e império**. 13ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

RAMOS, Alberto Guerreiro. **Introdução crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Darcy. **Os brasileiros: Teoria do Brasil**. 10ª ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

RODOTÀ, Stefano, **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014.

ROMERO, Sílvio. **História da literatura brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUNCIMAN, David. **The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro**, Vol. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. Oliveira Vianna e o Constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política. **Revista Sequência**, n. 61, p. 273-307, dez. 2010.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Previcionismo x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, a. 4, n. 14, 2004.

SILVA, Ricardo. Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna. **Revista Sociologias**, ano 10, n. 20, p. 238-269, 2008.

STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. Direito 4.0 produz delações ilícitas e conduções inconstitucionais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/streck-direito-40-produz-delacoes-ilicitas-conducoes-inconstitucionais>, acesso em 25/07/2018.

STRECK, Lenio. O direito AM-DM (antes e depois do mensalão). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-set-27/senso-incomum-direito-am-dm-antes-depois-mensalao>. Acesso em 25/07/2018.

STRECK, Lenio. O que é isto “o novo que pede passagem” do TRF4 e Joaquim Falcão. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/opinio-isto-passagem-trf-falcao>, acesso em 24/04/2018.

STRECK, Lenio. Aí, esse Joaquim é sinistro. Tá enjaulando bacana. Disponível em <http://www.jurisciencia.com/artigos/ai-esse-joaquim-e-sinistro-ta-enjaulando-bacana-lenio-streck-conjur/1748/>. Acesso em 25/07/2018.

STRECK, Lenio. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-11/senso-incomum-aqui-faz-aqui-paga-ou-atesta-malatesta>. Acesso em 10/01/2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, Vol. 8, n. 1, p. 037-058, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011

TEUBNER, Gunther. **Quod omnes tangit: transnational constitutions without democracy?**, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088, acesso em 19/01/2018.

THOREAU, Henry. **Desobedecendo**, Rio de Janeiro: Rocco. 1984.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direito Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **O idealismo da constituição**. 2ª ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **O ocaso do Império**. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **Populações Meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory essays on institutions**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016.

WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative literature**. 2^a. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993.

WEBER, Max. A política como vocação. In: GERTH. H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). **Max Weber – Ensaios de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, p. 55-89, 1982.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.