

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-604-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador/BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no Campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao paralelo entre o funcionamento das audiências de custódia nos Estados de Mato Grosso e Rio Grande do Sul; o Populismo penal e alteração do paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como reflexos do enfraquecimento da força normativa da Constituição; os fundamentos da punibilidade da tentativa impossível em Portugal: um estudo comparado entre o direito português e brasileiro; o princípio da razoável duração do processo e os reflexos do novo Código de Processo Civil no processo penal; o foro privilegiado e seu impacto na jurisdição do Supremo Tribunal Federal; o Habeas Corpus nº 143.641/SP e a humanização do cárcere feminino no Brasil: limites e possibilidades; a mentalidade inquisitória e mitigação de garantias no processamento criminal pelo STF no contexto dos 30 anos da constituição brasileira; o emprego de arma de fogo como causa geral de aumento de pena; o cárcere como investimento: o que se planeja quando não se está planejando; o marco legal da primeira infância e as prisões cautelares no Supremo Tribunal Federal; os crimes de perigo abstrato e contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção entre risco e perigo; sobre o Habeas Corpus nº 129262: é possível compatibilizar a expansão do direito penal com as garantias processuais penais? Por uma leitura agnóstica; a conduta omissiva sob o enfoque das teorias da ação: ausência de critérios dogmáticos para a imputação por omissão; a

Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica; e o estudo empírico da relação entre o (des)conhecimento das estatísticas do cárcere e a demanda pelo recrudescimento do sistema penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Salvador, junho de 2018.

Professora Dra. Vladia Maria de Moura Soares

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

POPULISMO PENAL E ALTERAÇÃO DO PARADIGMA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO REFLEXOS DO ENFRAQUECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

CRIMINAL POPULISM AND ALTERATION OF THE JURISPRUDENTIAL PARADIGM OF THE SUPREME FEDERAL COURT AS REFLECTIONS OF THE ENFORCEMENT OF THE REGULATORY STRENGTH OF THE CONSTITUTION.

Patricia Vieira De Melo Ferreira Rocha ¹
Alicio De Oliveira Rocha Junior ²

Resumo

A Constituição Federal de 1988 adotou modelo penal garantista, elencando rol de direitos fundamentais e limites ao poder punitivo estatal. Verifica-se, atualmente, aumento da jurisprudência penal de exceção, influenciada por clamor popular e pela mídia, visando justiça a qualquer preço. O populismo penal antigarantista enfraquece a força normativa da Constituição através da prevalência dos fatores reais de poder e do desrespeito à norma constitucional penal e processual penal, constituindo-se em novo paradigma na jurisprudência do STF para atender os anseios sociais influenciados pelos meios de comunicação, resultando em decisões populistas, muitas em desarmonia com a norma constitucional.

Palavras-chave: Penal, Populismo, Jurisprudência, Poder, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988 Federal Constitution adopted a guarantor criminal model, listing fundamental rights and limits to the state's punitive power. There is now an increase in the criminal jurisprudence of exception, influenced by popular outcry and the media, seeking justice at any price. The antiguarantor criminal populism weakens the normative force of the Constitution through the prevalence of real power factors and disrespect to the constitutional criminal and procedural criminal law, constituting a new paradigm in the jurisprudence of the STF to meet social yearnings influenced by the media, resulting in populist decisions, many in disarray with the constitutional norm.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal, Populism, Jurisprudence, Power, Constitution

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito - PRODIR, da Universidade Federal de Sergipe - UFS. Defensora Pública Federal lotada em Aracaju/SE.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito - PRODIR, da Universidade Federal de Sergipe - UFS. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional renasceu no Brasil com a constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro, através da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se verificou a instalação do Estado Democrático de Direito, no lugar de um Estado autoritário, intolerante, violento.

A CF/88 dispõe, no seu artigo 1º, que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, significando, desta forma, que as normas devem ser respeitadas, observando-se a hierarquia das leis, dos direitos humanos, bem como dos direitos fundamentais.

O Estado de Direito trata-se de um princípio constitutivo, de natureza não só formal, mas também material e procedimental, tendo como objetivo dar respostas ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado, tornando efetivo um Estado de Justiça e dos direitos fundamentais.

Haveria um primado do Direito, afirmando o princípio da supremacia da Constituição, não podendo nenhum ato estatal ser contrário às suas normas, bem como o Princípio da primazia da lei, onde todos os atos editados em forma legislativa assumem posição preferencial de observância pelos poderes Estatais. Atrelado a tais princípios, o Estado de Direito se afirma pelo reconhecimento e proteção dos direitos e garantias fundamentais, pelo princípio da separação de poderes e pelo princípio da segurança jurídica.

No que toca à interpretação constitucional, o Princípio da Força Normativa da Constituição, trazido por HESSE (1991) em resposta e complementando a Teoria de LASSALLE (1933), significa a pretensão de prevalência dos pressupostos da Constituição no momento da solução dos problemas jurídicos, no intuito de resguardar a sua eficácia e permanência.

Ainda no Século XX surgiu o movimento da constitucionalização do Direito, demonstrando um efeito expansivo das normas constitucionais, irradiando, com força normativa, o seu conteúdo e seu significado, por todo sistema jurídico, incluindo a seara penal e processual penal e, nesse sentido, as garantias constitucionais deveriam ser observadas e respeitadas no âmbito das decisões judiciais penais materiais e processuais.

No entanto, verifica-se, como decorrência do medo e do ódio que se instalaram na sociedade, em resposta a um crescente clamor público por justiça a qualquer custo, a prevalência dos fatores de poder nas decisões judiciais, que vem, de forma reiterada, desrespeitando a Constituição Federal e sua força normativa, com nítido caráter populista.

Desenha-se um panorama de decisões utilitaristas, que afasta-se do modelo garantista adotado pela Constituição Federal, ao buscar atender o clamor popular por justiça sem atentar à essência constitucional. Surge, desta forma, um novo modelo penal, destacadamente a partir da Ação Penal nº 470/MG, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2013 e popularmente conhecida como “Mensalão”, nela se identificando o marco temporal efetivo na mudança de paradigma jurisprudencial na Corte Suprema, através da explícita inobservância das normas constitucionais penais brasileiras e do modelo penal clássico, de base garantista e fundamentado no princípio da dignidade humana.

O modelo constitucional penal carrega a característica de ser uma garantia aos cidadãos de que sua liberdade não será violada, nem cerceada, senão por lesões realmente graves ao direito do outrem, após o devido processo penal constitucional. Porém, a partir da Ação Penal nº 470/MG, as decisões penais proferidas pelo STF passaram a desenhar um quadro jurisprudencial que demonstra uma certa despreocupação em observar à aplicação das normas garantistas, homenageando a estabilização social frente ao crescimento da violência e do medo.

A busca por justiça a qualquer preço passou a ser um sentimento social aparentemente comum, reverberado pela mídia, que acabou por ecoar nas decisões judiciais, que passaram a ser prolatadas no sentido de se conquistar a pacificação social sem o devido respeito aos limites impostos pelas normas constitucionais, notando-se uma debilitação dos limites normativos do direito penal garantista.

Passa o direito penal a exercer uma função simbólica de instrumento de pacificação social, representado por novas decisões judiciais de caráter utilitarista, influenciadas pelo clamor popular, moldado e também difundido pela mídia. Há a necessidade do poder judiciário de dar respostas eficientes à sociedade e que, mesmo ultrapassando os limites constitucionais que lhes são impostos, acabam sendo etiquetadas como legítimas por serem consideradas justas aos olhos da comunidade.

Decisões de exceção seriam justificáveis em situações excepcionalíssimas, de emergência, de crise, que ponham em ameaça a soberania de um Estado. Nessas situações extremas, poderia haver a suspensão dos direitos e garantias constitucionais até que novamente seja alcançada a ordem interna. Assim, tal período se constituiria através de uma previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições bem como de medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional, em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminada ou combatida pelos meios normais previstos na Constituição, exigiria o recurso a meios excepcionais.

Não se justifica tal crescimento de decisões judiciais contrárias à ordem constitucional apenas no intuito de se atender ao clamor público, uma vez que tal situação retrata, apesar de respaldada pela opinião pública, situação de extrema insegurança jurídica, não havendo situação excepcionalíssima apta a justificar ofensas às garantias constitucionais.

Há uma progressiva perda da essência garantista da norma constitucional, que, ao ser aplicada, não mantém uma uniformidade interpretativa, afastando garantias que deveriam ser aplicadas de forma equânime para todo e qualquer cidadão.

A força normativa da Constituição vem passando por um processo evolutivo de esmagamento, ocasionada pela massificação das jurisprudências de exceção, perdendo a Constituição a sua razão de ser, uma vez que, através de tais vereditos, veem-se atingidas as suas funções mais importantes, tais como: limitadora de poder; instrumento de estabilidade social; reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais.

Através do presente trabalho, mediante uma abordagem qualitativa do tema ora em questão, utilizando métodos racionais de argumentação e refletindo sobre a constitucionalização do direito penal e processual penal, bem como acerca do garantismo penal, busca-se verificar a expansão da jurisprudência penal de exceção e o conseqüente enfraquecimento da força normativa da Constituição, como resposta a um processo de judicialização penal populista, onde a ofensa a princípios constitucionais é aceita pela Sociedade, que clama por justiça a qualquer custo.

2. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS COMO BALIZAS ÀS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu bojo, inúmeros dispositivos que demonstram o seu caráter garantista, tendo como base a Dignidade da Pessoa Humana, que foi alçada a Princípio Fundamental, regente e informador de todo ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo metas ou finalidades pré-determinadas, tornando ilegítimas orientações normativas e jurisprudenciais que sigam sentido oposto ao indicado por tal Princípio.

Quando se diz tratar de um sistema penal garantista, não se quer significar, de forma simplista, a impunidade, como pensam os profanos, mas, diversamente, a observância de um mínimo de direitos e garantias penais e processuais penais ao se proferir uma decisão acerca de determinada questão. Assim, é certo que a prática de um crime faz com que surja a

pretensão punitiva Estatal, mas, a mesma deve ser efetivada por meio do processo penal, sempre se preservando as garantias de defesa que são asseguradas na Constituição Federal.

A norma penal incriminadora deve ser interpretada de forma limitada, não havendo espaço para uma interpretação extensiva para prejudicar o réu, nem mesmo sob a justificativa de que a mesma seria necessária à pacificação social.

O réu, no decorrer do processo penal, não pode ser considerado um criminoso, tendo a Constituição Federal sido bastante eloquente nesse sentido ao determinar que ninguém será considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, conforme determina o princípio da presunção da inocência.

O magistrado, durante a caminhada processual penal, deverá ser o guardião das garantias constitucionais penais e processuais penais, não podendo ser veículo de uma interpretação expansiva, vez que o bem tutelado pela norma constitucional é a liberdade do indivíduo, direito fundamenta que não poderá ser afastado com base no clamor público e sob a justificativa de busca da pacificação social a qualquer custo.

O Poder Judiciário, através de suas decisões, não pode assumir a posição de guardador de promessas de resgate da moral, da estabilidade e pacificação social. Ao juiz não é dado o poder ilimitado no momento da decisão judicial, não se devendo perder de vista que a Constituição, de base garantista, traz uma gama de normas penais e processuais penais que limitam a atuação jurisdicional.

Assim, os princípios penais e processuais penais devem ser respeitados e sua observância de forma correta não significa um incremento da insegurança jurídica. O clamor por justiça a qualquer custo, propagado e incentivado pela mídia, não pode servir de legitimação e embasamento implícito das decisões judiciais que não observam a norma Constitucional em matéria penal ou processual penal.

Não se deve perder de vista que o Processo Penal Brasileiro deve seguir a orientação constitucional de se guiar por um modelo humanista, onde sejam resguardados os direitos fundamentais, restringindo e controlando o poder do Estado.

“(..) pressupostos humanistas foram os que deram origem e alimento – ainda que dentro de inúmeras quedas e descontinuidades - à estrutura acusatória do processo penal clássico e à maior parte das garantias processuais: o ônus da prova a cargo do acusador e a presunção de inocência até prova em contrário, o contraditório entre as partes como método de busca da verdade, a imparcialidade e a estranheza do juiz acerca da contenda, a prudência e a dúvida como método de investigação e estilo intelectual, os critérios de exclusão das provas não creditáveis pela fonte ou irrelevantes pelo objeto, a livre convicção do juiz, argumentada, contudo.” (FERRAJOLI, 2014, p. 132)

O Direito Penal é instrumento de controle social, submetido a limites fixados de forma clara e precisa. Isso se deve ao fato de que a interferência do Estado na vida humana, através do sistema penal é, quase sempre, aflitiva, o que demonstra que o direito penal e os direitos humanos percorrem caminhos paralelos, havendo sempre atritos entre eles, que deverão ser superados através da observância dos princípios constitucionais penais materiais e processuais.

3. A FORÇA DO CLAMOR POPULAR NO SURGIMENTO DE UMA REALIDADE DE EXCEÇÃO CONSTRUÍDA PELAS DECISÕES JUDICIAS

Vivemos em tempos onde o medo, a sensação de insegurança, o ódio e o terror passaram a compor a rotina da sociedade, ocupando tais sentimentos posição de destaque e de extrema importância na tomada de decisões política e jurídicas.

As situações de instabilidade social acabam por gerar a diabolização do acusado, imagem essa incrementada pela mídia, que a todo tempo traz notícias tendenciosas acerca de determinados acontecimentos sociais que envolvem o direito penal e processual penal. Verifica-se que a emoção, recurso muito utilizado pelos meios de comunicação, acaba por afetar o discurso político e as decisões judiciais, perdendo tais vereditos a sua característica de imparcialidade.

Não se pode esquecer, no entanto, que a função precípua do Poder Judiciário não é simplesmente fazer justiça, mas, sim, dar respostas jurídicas às demandas que lhe foram postas, devendo suas decisões, na esfera penal, serem sempre guiadas pela norma penal, que deve seguir as garantias constitucionais. Porém, nem sempre a resposta jurídica do Estado deverá agradar a população, uma vez que as decisões judiciais, mormente as de caráter penal e processual penal, deverão obedecer a um rito legal que espelha a força normativa da Constituição.

Os juízes decidem os casos difíceis tentando encontrar a melhor interpretação possível da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade e os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que suas convicções pessoais sobre questões de justiça poderão influenciar as suas decisões. A história jurídica da comunidade poderá vir a restringir as convicções políticas judiciais, em seu juízo interpretativo geral, restando complexo o seu julgamento político, muitas vezes opondo uma parte de sua moral política a outra parte dela. (DWORKIN, 2007, p. 306)

Dessa forma, diferentes juizes poderão divergir sobre as questões postas em discussão e, inclusive, poderão adotar posições diferentes a respeito do que compreendem como direito em comunidade, pois desenvolverão, ao longo de sua vida profissional, uma concepção funcional individualizada do direito. Deve-se lembrar que juizes são membros da sociedade, integrando a comunidade como cidadãos que detém suas compreensões formadas de acordo com o meio e a realidade em que vivem.

Apesar de existirem juizes que conduzirão suas decisões judiciais segundo o norte da vontade popular expressada no seio da sociedade, haverão outros que, mesmo que em seu íntimo compreendam as razões da vontade da comunidade e até simpatizem com tal linha de pensamento, não se deixarão influenciar pelo clamor social e pela pressão popular e buscarão decidir conforme os princípios do direito expressos no texto constitucional e, deste modo, estarão efetivando o direito como integridade e caminhando na direção correta em matéria de ter como norte maior, efetivamente, a aplicação dos princípios políticos constitucionais, concretizando aquilo que é determinado pela Constituição, evidenciando e propagando a sua força normativa. (DWORKIN, 2007, p.308)

Não obstante tais incisivas lições de Ronald Dworkin, em nosso País, atualmente, diante do clamor popular na busca do resgate da moral e da necessidade de estabilização social, temos nos deparado, constantemente, com o crescimento da atuação do Poder Judiciário, naquilo que se vem chamando de ativismo judicial, porém utilizado de forma indevida e colidente com diversos princípios constitucionais vigentes.

Justifica-se um crescente ativismo judicial, não por opção do Poder Judiciário, mas pela decrescente atuação eficaz do Poder Legislativo, marcada pela omissão em determinados casos, bem como pela inércia do Poder Executivo diante do caos social atualmente instalado no Brasil. (GARAPON, 1996, p. 48)

Constata-se que muitas decisões em sede de Direito Penal material e processual, sejam do Supremo Tribunal Federal, bem como outras de Tribunais Superiores e de Segunda Instância, são uma resposta à falta, ou melhor, lacuna de normas, abrindo-se espaço para que possam ocorrer violações às garantias processuais assentadas em nossa Constituição Federal. Assim, cabe ao Poder Judiciário a posição de “ultima ratio” na solução de problemas sociais, exercendo, nas palavras de Antoine Garapon, papel de verdadeiro “guardador de promessas”. (GARAPON, 1996, p. 55)

“O jogo de poder e sua relação com o processo penal aparecem camuflados pelo perigoso discurso do 'algo precisa ser feito', extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de

efeitos colaterais devastadores. (...) A desnaturação axiológica se dá por vários modos mas, em particular, um deles é danoso, qual seja, o emprego simbólico do direito e do processo penal como técnica de dominação e reprodução do poder. Como decorrência, a cada emprego simbólico do sistema repressivo há uma sensível invasão na seara dos direitos fundamentais, embora formalmente eles continuem presentes nos ordenamentos.” (CHOUKR, 1991, p. 14)

Assim, a intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivência social, mas sim, apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. O processo penal, como instrumentalizador do direito material penal, em que pese sua autonomia científica, acaba por assimilar essa mesma função simbólica. (CHOUKR, 1991, p. 15)

Na prática, observa-se a instauração de um verdadeiro populismo penal, que busca legitimar, através da exploração do medo e da insegurança, difundidos pela criminologia midiática, não só o endurecimento de novas leis, mas também a fixação de um novo paradigma hermenêutico patentemente contrário às normas constitucionais, porém velado pelo manto da legitimidade constitucional forjada através de decisões judiciais com aparência de legítimas.

As demandas da sociedade, baseadas em um discurso populista, alimentado pela sensação de impotência do cidadão, acabam se transformando, desta forma, em bases justificáveis da aplicação da norma penal visando a concretização de uma vingança social, desvirtuando, portanto, a real função do Direito Penal e incrementando o risco da instauração de um Estado de Exceção.

Deve-se ter em mente que vivemos em um Estado Democrático de Direito, modelo incompatível com o princípio da razão de Estado, tendo em vista que, neste último, os fins justificam os meios, mesmo sem observar a ordem legal e os princípios constitucionais garantidores dos direitos individuais.

Diante do atual crescimento da jurisprudência de exceção, com patente desconsideração das normas constitucionais, situação respaldada pela opinião popular, não se pode esquecer que toda a Sociedade pagará um alto preço na busca desmedida de justiça, já que dela decorrerão consequências que atingirão a todos os cidadãos, a exemplo da inflação legislativa irracional apta a deformar o direito penal típico do Estado de Direito e, inclusive, promover a elaboração de jurisprudência de exceção.

4. CONFRONTO ENTRE OS CONCEITOS DE CONSTITUIÇÃO ELABORADOS POR FERDINAND LASSALLE E KONRAD HESSE: MÍDIA E VONTADE POPULAR COMO ATUAIS FATORES REAIS DE PODER

O conceito de Constituição trazido por Ferdinand Lassalle se mostra vivo e em destaque, ganhando uma roupagem moderna através da influência que a força popular e o poder da mídia vem exercendo na interpretação constitucional por parte do Poder Judiciário, que, através de suas decisões, vem refletindo não mais a vontade da Constituição, mas a vontade da Sociedade, apesar de não se tratar de sua forma limpa e genuína, ao contrário, da forma corrompida pelo desejo de vingança a qualquer custo e de exclusão/eliminação dos tidos como criminosos.

Ferdinand Lassalle, em sua obra “O que é uma Constituição?” questiona qual a sua essência, afirmando que a Constituição de um país é a soma dos fatores reais do poder que o regem. Estabelece a relação entre a Constituição real de um país e aquela jurídica, ao afirmar que não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si, bastando, para tanto, juntar esses fatores reais de poder, escrevendo-os em uma folha de papel, dando-lhes expressão escrita e a partir desse momento, ao ser incorporados a um papel, deixam de ser simples fatores reais do poder, passando a ser verdadeiros direitos. Desta forma, o atentado contra tais normas, passa a ter como consequência a imposição de sanções. (LASSALLE, 1933, p.20)

Lassalle prossegue afirmando que os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. Assim, caso a Constituição escrita não guarde correspondência a tais fatores reais do poder, terminará por sucumbir diante das forças materiais do poder da sociedade organizada. (LASSALLE, 1933, p.12)

Em 1959, em uma aula inaugural na Universidade de Friburg, Konrrad Hesse, contrapondo-se às reflexões desenvolvidas por Lassalle, defendeu que, no embate entre os fatores reais de poder e a Constituição, esta última não deveria ser considerada a parte mais vulnerável a ponto de sucumbir. Não deveria a Constituição ser considerada como uma mera folha de papel, já que, diante de pressupostos realizáveis, a sua força normativa prevaleceria, sempre levando em consideração fatores históricos, políticos e sociais.

No que toca a interpretação constitucional, deve-se considerar o Princípio da Força Normativa da Constituição, trazida por Konrad Hesse, em resposta e complementando a

Teoria de Lassalle, significando, desta forma, a pretensão de prevalência dos pressupostos da constituição no momento da solução dos problemas jurídicos, no intuito de resguardar a sua eficácia e permanência. A “constituição jurídica” e a “constituição real” deveriam estar em movimento de coordenação, condicionando-se mutuamente, mas não dependendo uma da outra, já que a Constituição Jurídica tem significado próprio. Vai-se ganhando força normativa, a medida em que sua efetividade vai se concretizando, não devendo, no entanto esquecer de observar às necessidades sociais. (HESSE, 1991, p.14-16)

A Constituição deveria ser a expressão do ser e do dever ser, ou seja, não deveria refletir apenas as forças sociais e políticas do seu tempo, mas, inclusive, procurar imprimir ordem e conformação a tais realidades, em uma relação de coordenação entre a Constituição real e a jurídica, condicionando-se mutuamente.

Destaca-se que o elemento essencial para a força normativa é o que Hesse tituló de “vontade de Constituição”. Ou seja, a Constituição para se converter em força ativa deve se fazer presente na consciência geral e não apenas na vontade do poder. Para tanto necessária a compreensão da necessidade e do valor de um ordenamento normativo inquebrável, intransponível, protegendo o Estado contra arbítrios desmedidos e disformes. Para a concretização da norma, e da força normativa da constituição, a interpretação faz-se necessária, no sentido de adequar aquilo que está posto pela norma constitucional com as mudanças fáticas que possam vir a ocorrer dentro de uma sociedade. Desta forma, o sentido da preposição jurídica deverá ser o limite a ser observado no momento da interpretação constitucional, devendo a mutação estar dentro dos seus preceitos. (HESSE, 199, p. 18-23)

A Constituição seria uma ordem geral objetiva com complexo de relações da vida e a sua força normativa surgiria a partir do momento em que as suas ordens fossem cumpridas. Para tanto, seria necessário que a mesma levasse em conta os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, incorporando o estado espiritual da sua época, bem como que demonstrasse a capacidade de se adaptar a eventual mudança de tais elementos condicionantes.

Ainda sobre a força normativa da Constituição, Hesse coloca a interpretação em posição de destaque na garantia da consolidação, preservação e estabilização da Constituição, na medida em que desta forma haveria uma otimização da norma, levando-se em conta os limites e pressupostos estabelecidos pelo seu texto.

Considerando a ideia de Lassalle, de fatores reais de poder, podemos destacar dois deles nos dias atuais que muito vem influenciando as decisões judiciais no momento da interpretação da norma constitucional, quais sejam, a mídia e o povo.

O poder da mídia é gigantesco, mormente diante da capacidade de manipular as informações e influenciar conforme seus interesses pessoais, criando uma falsa e viciada percepção da realidade, capaz de gerar enormes estragos na sociedade. A mídia tem o poder de criar monstros e incutir o desejo de vingança, bem como também detém o poder de criar heróis, endeusando seres humanos comuns, protegendo os seus atos, mesmo que errados, através da criação de uma falsa ideia de que são guardadores da promessa de se recuperar a moral perdida na sociedade.

No que toca ao povo, o seu poder não pode ser medido, nem mesmo ele sabe o tamanho da força que detém. Mas o povo pode tudo, mormente quando engajado e unido no intuito de se alcançar um fim comum. Lassalle afirmou que o poder do povo é maior do que o do exército, que sempre vence, mas, diante da aglutinação da vontade popular, esta se sobrepõe à organização do exército. (LASSALLE, 1933, p.19)

O povo, diante da necessidade do atendimento dos seus interesses, aceita as práticas ilegais e inconstitucionais do Poder Judiciário, sem se preocupar com as consequências que tais decisões poderão ocasionar na sociedade.

Nesse sentido, as ideias de Lassalle não poderiam ser mais atuais, sendo o povo e a mídia fatores de poder muito fortes na atualidade, deles advindos a legitimação necessária para a manutenção de decisões judiciais de caráter de exceção, não obstante venham a contrariar a norma Constitucional e a ferir de morte a sua força normativa.

5. A REALIDADE DE EXCEÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL COMO ESPELHO DA PREDOMINÂNCIA DOS FATORES REAIS DE PODER E ENFRAQUECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A atuação Judicial na esfera penal vem ganhando novos contornos e maior evidência social, tornando-se, muitas vezes, o foco de discussões políticas e jurídicas, seja por respeitar a norma constitucional, não correspondendo ao clamor popular, seja por não observar os direitos fundamentais, mas atender aquilo que a sociedade vem cobrando do Poder Judiciário: justiça a qualquer custo.

Nesse sentido, necessário fazer uma distinção acerca do ativismo judicial na esfera penal e aquele ultimamente percebido durante o processo penal. No primeiro caso, o ativismo judicial vem servindo como forma de se adaptar o direito penal às mudanças que ocorrem na sociedade e que não são acompanhadas pelo Poder Legislativo, demonstrando-se como uma forma criativa de se interpretar e inovar a norma penal, de maneira a beneficiar o réu. Assim,

desde que da interpretação penal, advinda da posição ativista do Poder Judiciário, surjam interpretações benéficas ao réu, tal fato mostra-se compatível com a lógica do sistema penal, onde, diante do Princípio da Legalidade, só a lei seria capaz de criar crimes e respectivas penas, não detendo o Poder Judiciário tamanha força.

No entanto, na seara processual penal, o ativismo judicial toma outro contorno, incompatível com a ordem garantista Constitucional, uma vez que não obedece o sistema processual penal acusatório, mas, ao contrário, festeja aquele do tipo inquisitório, uma vez que o juiz, adota, muitas vezes, conduta ativa, que acaba por aderir à pretensão de uma das partes, perdendo a sua imparcialidade.

Tal situação pode ser verificada a partir da Ação Penal nº 470/MG, julgada pelo STF (BRASIL, 2013), tendo incentivado um aumento de decisões judiciais, baseadas na eficiência decorrente de um pensamento utilitarista antigarantista e que pode ser tratada como um marco temporal de instabilidade da segurança jurídica, tendo em vista a alternância e a fluidez dos parâmetros de julgamento que a partir dela passaram a ser adotados, variáveis de acordo com uma maior ou menor influência da opinião popular e da mídia.

A partir do julgamento da Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2013), o STF vem oscilando a sua produção jurisprudencial, não observando em todos os casos julgados por tal Corte uma uniformização quanto à preservação dos princípios determinados pela Constituição Federal ao tratar de matéria penal, verificando-se certo abandono no cuidado da observância do fundamento, da função e finalidade do sistema penal garantista.

Importa destacar que, em sede do HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016), o STF proferiu decisão modificando sua jurisprudência pacificada desde de 2010 e referente à possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, contrária ao entendimento firmado em sede do HC nº 84.078/MG (BRASIL, 2010) e no sentido de que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, já que a Constituição Federal de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, devendo a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente ser decretada a título cautelar.

Como dito, o HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016), também alterou paradigma jurisprudencial para satisfazer ao desejo de justiça a qualquer custo da sociedade, reverberado e incentivado pela mídia, possibilitando a execução provisória após confirmação de condenação dos acusados pela segunda instância, alegando-se, para tanto, o exaurimento de exame de fatos e provas e a fixação da responsabilidade criminal do acusado.

Percebe-se, desta forma, uma inversão do princípio da presunção da inocência e uma deformação da presunção de não-culpabilidade, que só deveriam ser afastados com o trânsito em julgado da condenação via esgotamento de possibilidade recursal, não devendo haver margem para tal interpretação restritiva das garantias do indivíduo em face de avanço inconstitucional do poder punitivo estatal.

Observa-se cada vez mais, inclusive, abusos não apenas no direito penal material, mas também no processual, tais como aqueles cometidos no âmbito das operações policiais e ratificadas por decisões judiciais despidas de questionáveis fundamentos legais. Isso é o resultado da necessidade de se ofertar à sociedade uma pronta resposta ao seu anseio por justiça.

A busca por justiça pela sociedade, no entanto, não pode ser qualificada como legítima, uma vez que viciada pela propagação e pelo fortalecimento dos sentimentos de medo e de insegurança, que tornam-se mais fortes com o crescimento da violência. Há uma irracionalidade e uma despreocupação com a observância nas normas constitucionais, ou por não compreendê-las, ou por não aceitá-las, diante de fatos que são tratados pelos meios de comunicação de forma atécnica.

Observa-se, na prática, a instauração de um verdadeiro populismo penal, que busca legitimar, através da exploração do medo e da insegurança, não só o endurecimento de novas leis, mas também a fixação de um novo paradigma hermenêutico patentemente contrário às normas constitucionais, porém velados pelo manto da legitimidade constitucional forjada através de decisões judiciais com a aparência de legítimas.

Esse populismo penal é, portanto, base discursiva e prática de uma política pública sem resultados, no que toca ao problema da insegurança social e que se concretiza através de uma justiça repressiva, através do endurecimento da pena.

Para que o populismo penal possa existir é necessária a presença de uma democracia de opinião, de apoio popular, caracterizando-se pela busca de apoio popular ao endurecimento penal, bem como pela instrumentalização do direito penal como arma política e eleitoreira.

No que toca ao regime democrático, importante destacar que o mesmo visaria uma forma de se dissipar o poder político, protegendo a esfera privada contra invasão da pública, mas mostra-se também como instrumento através do qual as pessoas podem impor socialmente o desprezo que sentem pelos atos autoreferenciados dos outros. Na prática, em um regime democrático observa-se o egoísmo, o individualismo, que partem de uma ignorância generalizada. (POSNER, 2009, p.26-27)

Ainda tratando-se do populismo penal, o mesmo cresce na medida em que há difusão do medo e da insegurança pela criminologia midiática, a partir da exploração e espetacularização do medo e da insegurança. O processo populista se retroalimenta e se incrementa diuturnamente com a “sensação de impotência” do cidadão, que, amedrontado, inseguro e desnorteado, almeja uma demanda vingativa. Busca-se a justiça através do poder punitivo, mas de forma despreocupada com os meios utilizados, importando-se apenas com a concretização da segurança individual e social.

Tal quadro verifica-se diante da ilusão criada de que medidas mais duras, mesmo contrárias à ordem constitucional, são necessárias e suficientes para a solução da criminalidade, da delinquência, e, conseqüentemente, do medo. O que não se percebe é que o produto final gerado pelo populismo penal é, como já dito, um direito penal autoritário, antiético, irracional, excessivo, demagógico, fundamentalista e antigarantista.

O populismo penal é, ao mesmo tempo, um discurso e uma prática punitiva, que ganhou força de forma paralela, mas também complementando discursos como o de lei e ordem, tolerância zero e direito penal do inimigo. Para a proliferação do populismo penal é necessário a existência de um regime democrático, já que nele a vontade dos cidadãos deve ser respeitada. Como o populismo penal precisa do apoio e do consenso popular para fazer valer suas teses, vê nas democracias um terreno fértil para seu avanço, bastando que a população as apoie.

Busca-se na opinião popular o apoio necessário para o endurecimento penal e processual penal, valendo-se da sua utilização justiceira, ainda que contrária ao ordenamento jurídico, como arma política e eleitoreira, em um verdadeiro engodo da democracia, tendo em vista a ineficiência de tais decisões.

Tal demanda social, baseada em um discurso populista alimentado pela sensação de impotência do cidadão, acaba se transformando, desta forma, em base justificável da aplicação da norma penal visando a concretização de uma vingança social, desvirtuando a real função do direito penal.

No entanto, a concretização dessa situação de influência do populismo penal poderá vir a efetivar indesejável panorama jurídico reflexivo de típico estado de exceção, com o fortalecimento irrazoável e desproporcional deste tipo de sistema penal, representativo de situação de emergência, em detrimento da necessária concretização dos direitos fundamentais individuais, tais como a presunção de não-culpabilidade. (ROCHA; ROCHA JÚNIOR, 2016, p.13-14)

Verifica-se, atualmente, que, na prática, há uma atuação populista dos agentes públicos, detentores do poder punitivo, tais como policiais e juizes, dando vida a um novo direito penal autoritário e de exceção, baseado na eficiência, ora relacionada aos números exigidos pelos órgão de controle, ora atrelada a necessidade de atender o clamor popular de se alcançar a justiça, não importando os meios utilizados.

Quanto à influência de fatores externos, a vontade popular passou a ser considerada, de forma destacada, no momento da prolação das decisões judiciais, principalmente em relação às de caráter penal. As decisões penais ganharam grande repercussão social, verificando-se um crescimento da preocupação do magistrado, seja velada ou não, na repercussão social sobre aquilo que foi por ele decidido, diminuindo, no entanto, a cautela em se observar o dever do juiz de proferir decisões imparciais, baseadas apenas nos fatos trazidos nos autos.

Assim, a jurisprudência do STF passou a adotar uma posição ativa na construção de uma política criminal utilitarista, revelada pela eficiência das suas decisões, esquecendo-se da sua função limitadora de abusos estatais, tendo em vista o abandono da observância das normas constitucionais garantistas. Nesse sentido, passou-se a perceber uma fluidez e instabilidade de suas decisões, que passaram a variar de acordo com as necessidades sociais e com o senso comum, sendo etiquetadas, desta forma, como justas e legítimas.

A jurisprudência e o sentido da norma penal não podem ser alteradas sempre que for conveniente ao órgão julgador e ao clamor social. Agir dessa forma geraria uma insegurança jurídica que, a médio e longo prazo, resultaria numa efetiva instabilidade social. Não está se afirmando que o poder decisório do juiz deveria ser estático, mas, sim, que deveria ser limitado à observância das normas vigentes.

O que o juiz não pode esquecer é que um dos seus deveres mais importantes é resistir à atração da justiça do senso comum e dos homens leigos, já que até estes são capazes de entender que ao magistrado, em que pese possuir certo poder discricionário, não é conferida liberdade para escrever como norma constitucional suas preferências pessoais e políticas. Um juiz não pode modificar as regras e doutrinas sempre que pensar que tal conduta aperfeiçoará a funcionalidade das mesmas. As implicações autoritárias decorrentes de uma decisão utilitarista não podem ser esquecidas, sob a alegação de serem eficientes, ignorando-se a sua sobreposição à liberdade. (POSNER, 2009, p.24-25)

Os espaços de discricionariedade são também de insegurança, afeitos a decisionismos judiciais, impregnados de critérios subjetivos de justiça substancial. Assim, o poder discricionário do juiz deve ser limitado pelas normas constitucionais, sob pena de se

verificar uma ilegitimidade política estrutural das decisões decorrentes desse poder. No entanto, um sistema penal normativo garantista não é totalmente fechado, havendo, obviamente, espaços à autonomia e à discricionariedade do juiz, que não será neutro nas suas escolhas, uma vez que nelas serão colocados seus valores, não significando tal situação ofensa ao modelo garantista adotado no Brasil, desde que respeitados os princípios constitucionais, que darão legitimidade às decisões judiciais.

[...] o modelo penal garantista, ao ter a função de delimitar o poder punitivo do Estado mediante a exclusão das punições *extra* ou *ultra legem*, não é um absoluto incompatível com a presença de momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem para punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado. (FERRAJOLI, 2014, p.43)

Nesse sentido o poder discricionário do juiz deve ser visto como algo limitado, relativo, que deve observar o contexto no qual será aplicado, devendo o magistrado esgotar as normas e princípios que têm a sua disposição, para só assim partir para as suas convicções acerca do tema, sem ter que seguir padrões jurídicos que não são enquadrados como regras.

Quanto às decisões de caráter penal, tal cuidado a ser tomado pelos juízes torna-se mais necessário, especialmente diante do caráter garantista seguido pela Constituição Federal de 1988, da qual se retiram alguns princípios norteadores do sistema penal brasileiro, tais como, da legalidade, da taxatividade, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da individualização da conduta e da pena.

A mera vontade do magistrado e o clamor popular, por si sós, não devem ser capazes de servir de motivação para o endurecimento de uma pena, como já mencionado pelo Ministro Celso de Melo, que, ao proferir seu voto nos embargos infringentes na Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2013) afirmou conduta nesse sentido seria vulneradora do ordenamento penal.

Verificou-se, a partir do multimencionado marco temporal, uma ruptura de paradigma jurisprudencial decorrente de forte influência dos ideais e anseios por justiça da sociedade civil, bem como na busca de se resguardar uma convivência social mais segura para os cidadãos. Decisões penais utilitaristas, visando a eficiência e baseadas em uma onda populista, passaram a ser proferidas pelo STF, o que aumentou, significativamente, o risco da instauração de um direito penal de emergência, mormente diante de discursos que, embora conjunturais e apaziguadores, são, por isso mesmo, envolventes e sedutores, tais como os discursos antidrogas, antiterrorista, bem como anticorrupção.

A emergência pode ser apresentada de duas formas distintas e simultâneas: a legislação de exceção no que diz respeito à Constituição e as mutações legais das leis do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez, degradada em relação à mesma legalidade alterada. Em ambas percebe-se a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente, com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais. (CHOUKR, 2016)

A emergência citada significa aquilo que foge aos padrões tradicionais de tratamento dado pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema que derroga os parâmetros empregados em situação de normalidade. Tal derrogação não se dá apenas pela criação de novas leis mais duras, mas, inclusive, pela mitigação, ou melhor, pelo afastamento, direto ou indireto, das garantias fundamentais, não apenas firmadas expressamente pelo texto constitucional, mas de todos aqueles direitos e garantias que tratem de tal matéria.

“A exceção, de outra parte, forma por si só a fonte mais ou menos latente de legitimação externa de toda a prática judiciária conscientemente disforme às regras ordinárias.” (FERRAJOLI, 2014, p.747)

Diante da força normativa da Constituição, as normas constitucionais, mormente na seara penal e processual penal, deveriam ser observadas pelo Poder Judiciário influenciando de forma decisiva na sua atuação, refletindo, desta forma, a ideia de expansão constitucional, ou seja, a de que o seu conteúdo normativo e axiológico deverá ser pulverizado e absolvido por todos os ramos do direito.

A Constituição deveria sempre servir de base para a interpretação das normas legais, realizando os seus valores nela consagrados, no intuito de se acompanhar a evolução social e o aumento da complexidade das suas relações, orientando todo o ordenamento jurídico pátrio com base no Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

A força normativa da Constituição não depende apenas do seu texto, mas da prática e concretização do que nele está inserido. Assim, não só a realidade social influi no direito, mas o direito também influi na realidade social, pois, diante dos conflitos que nela surgem, é chamado a resolver determinado conflito com base na norma Constitucional.

Assim, trazendo o confronto intelectual entre Lassale e Hesse aos dias atuais, mormente diante dos últimos acontecimentos vividos pelo nosso País, que evidenciam o crescimento da violência, da corrupção, da perda de referencial moral, parece que a força normativa da Constituição vem perdendo espaço diante do crescimento da jurisprudência de exceção, que demonstra o abandono dos preceitos constitucionais em prol do clamor popular

por justiça, movida pelo desejo de vingança e para atender aquilo que a sociedade deseja do Estado-Juiz.

A vingança, a busca da justiça a qualquer custo, sem se preocupar a forma como foi alcançada, foram alçadas, pela sociedade, como referências a serem seguidas pelos juízes, depositando nesses humanos a esperança da recuperação da noção de moral perdida na sociedade. Há um endeusamento daqueles que proferem decisões de caráter aflitivo, seja decretando uma prisão provisória, seja realizando uma condução coercitiva, ou condenando o réu, mesmo se esquecendo dos direitos dos acusados, das regras de humanidade, dos preceitos fundamentais constitucionais.

Nessa toada, verifica-se um progressivo enfraquecimento da força normativa da Constituição, refletido no aumento da jurisprudência de exceção, que decorre da interpretação da norma constitucional de forma equivocada e fora dos parâmetros neoconstitucionalistas. Tal quadro é sustentado pela força que exerce a opinião pública e a mídia nas decisões judiciais, demonstrando serem o povo e a mídia fatores reais de poder que determinam o sentido da Constituição.

6. CONCLUSÕES

O neoconstitucionalismo trouxe a ideia da Constitucionalização do Direito baseada na ideia da força normativa da Constituição, no sentido de que a norma constitucional deve ser aplicada de forma pulverizada em todo ordenamento jurídico brasileiro, abrangendo todas os ramos do direito, incluindo o Direito Penal e Processual Penal.

O art. 5º, LVII, da CF, dispõe que “ninguém será considerado culpado o até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” nesse sentido não partiu da ideia hobbeana de que todo homem é mau, mas, diversamente, da perspectiva de John Locke de que o ser humano é bom, livre e racional por natureza.

Nessa perspectiva, bem como diante do fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito, não há como legitimar o crescimento acelerado das decisões jurisprudenciais de exceção, em detrimento das garantias constitucionais penais e processuais penais.

Verifica-se, desta forma, a instauração da emergência penal que pode vir a justificar a edição de atos e decisões injustos e que violam direitos fundamentais enraizados na Constituição Federal e nos demais diplomas legais de “status” constitucional, atos e decisões embasados em injustificáveis argumentos de que, no curso de suposta situação de Estado de Exceção e de Emergência Penal, os fins podem vir a justificar os meios.

Diante de tal situação percebe-se que a teoria de Lassalle e o seu conceito de Constituição mostram-se bastantes atuais e preponderantes diante daquele criado por Hesse e retratado como origem e base do movimento da Constitucionalização do Direito. A Força normativa da constituição vem perdendo espaço diante da vontade dos fatores reais de poder, e tal situação é refletida através das decisões judiciais de caráter emergencial, embasados no clamor popular deflagrado e estimulado pela mídia.

A vontade popular e a mídia demonstram-se como fatores de poder de enorme envergadura a partir do momento que influenciam e legitimam decisões judiciais nitidamente inconstitucionais. Na luta entre o interesse e a vontade do povo e a força normativa da Constituição, esta última acaba por sucumbir, gerando uma situação de incerteza e insegurança jurídica ainda não percebida pela sociedade, que, no afã da emoção e da paixão, acabam por legitimar decisões judiciais claramente inconstitucionais.

Assim, resta claro que, em que pese a força normativa da constituição, há, na atualidade, uma preponderação dos fatores reais de poder, quais sejam, a mídia e a vontade popular, haja vista decisões excepcionais que demonstram o enfraquecimento da norma constitucional, que é por elas superadas, no afã de apaziguar os ânimos e manter uma falsa sensação de estabilidade social.

O clamor popular, sob suposta pretensão de se resguardar uma sociedade mais segura, ideia diariamente propagada pela mídia, especialmente a sensacionalista, acelera o crescimento da jurisprudência de exceção, embasada em fracas fundações jurídicas, mas, especialmente, em fatores poderosos de poder.

A pergunta que se faz é a seguinte: a força advinda do clamor popular por justiça a qualquer custo é suficiente para resguardar decisões abusivas que visam alcançar uma suposta pacificação e estabilização social? Em um Estado Democrático de Direito, os fatores reais do poder podem, sozinhos, determinar os rumos de todo um ordenamento jurídico que detém a Constituição no seu topo?

Ao se proferir uma decisão judicial de caráter penal e processual penal e não se voltar os olhos para as garantias constitucionais nesse sentido, esquece-se de que é da Força Normativa da Constituição Federal que decorrerão as verdadeiras segurança jurídica e pacificação social, bastando que, para tanto, a Constituição seja interpretada buscando a sua finalidade maior, garantir a Dignidade Humana.

A Constituição não deve se afastar da realidade que atravessa o seu país, mas, sim, considerar a evolução social, a situação histórica e política por qual atravessa. Tal percepção será observada no momento em que ela for interpretada pelo Poder Judiciário, que, nas suas

decisões, deve atender aos anseios do povo e sem deixar de observar a sua real função, de garantir respeito e efetividade aos direitos fundamentais e demais preceitos que nortearam o ordenamento jurídico constitucional.

As decisões judiciais penais e processuais penais, especialmente e mais do que quaisquer outras, tendo em vista os princípios da legalidade, proporcionalidade e humanidade, devem ser muito bem fundamentadas, não podendo fugir ao princípio da presunção da inocência e a toda a base garantista constitucional.

É através da observância das normas penais que se possibilita a construção de um conceito de justiça mais próximo daquele idealizado pela Constituição, legitimando as decisões judiciais delas decorrentes. Tal tarefa, em que pese aparentar de difícil realização, faz parte da rotina do magistrado, uma vez que a legitimação de suas decisões será tecnicamente aferida de acordo com a sua legalidade e constitucionalidade. Os conceitos de constitucionalidade, tanto no seu aspecto material, quanto formal, são essenciais para a construção de um direito penal jurisprudencial inovador, moderno, porém legítimo e justo.

Como dizia Lassalle, a Constituição não pode ser resumida a uma mera folha de papel, o seu poder não pode apenas ser simbólico, ela deve ser forte a ponto de influenciar e guiar todos os ramos do direito. Não pode só ser influenciada pelo desejo social, mas, deve sim, ser norteadora de todo um ordenamento jurídico, servindo de farol a guiar os passos do poder judiciário. Para tanto, deve ser respeitada e reafirmada em todas as decisões judiciais, sob pena de sucumbir de forma definitiva aos fatores reais de poder.

A legítima interpretação constitucional é instrumento que capacita às normas acompanharem a evolução social, garantindo, desta forma, a concretização dos direitos fundamentais e limitando o avanço abusivo do poder estatal. A ordem jurídica é um sistema, devendo ser interpretado como um todo, sendo a Constituição instrumento essencial para a manutenção da sua harmonia no momento da tomada e decisões, já que dita valores que devem ser seguidos. Como direitos indisponíveis, os direitos fundamentais devem ser considerados como limitações, invalidando e deslegitimando decisões que contrariem tal núcleo normativo. Assim, a força popular e os interesses políticos não podem preponderar sobre as garantias constitucionais penais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no HC 84078/MG**, Relator: Min. EROS GRAU. Órgão julgador: Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, Dje-035, divulgação: 25-02-2010, publicação: 26-02-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Penal nº 470/MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. DJ, 17 dez.2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: Dje-074, divulgação: 19 abr. 2013, publicação: 22 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no HC 126292/SP**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Órgão julgador: Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, Dje-100, divulgação: 16-05-2016, publicação: 17-05-2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Bases para compreensão e crítica do direito emergencial**. 1991. Disponível em <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/320410486/bases-para-compreensao-e-critica-do-direito-emergencial>>. Acesso em: 02/12/2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. ARAGÃO, Francisco [Trad.]. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Populismo penal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 05 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42761&seo=1>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição?** Edições e Publicações do Brasil, São Paulo, 1933.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistemas. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Patrícia V. de M. F; ROCHA JUNIOR, Alício de O. A prisão após decisão em segunda instância não transitada em julgado como reflexo da mudança de paradigma na jurisprudência do STF: aproximação do estado de exceção. *In*: JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS, RBPDF, 3., 2016, São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2016. 489-505. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/xy6mqj74/1d93dw2j>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012a.

_____. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012b.