

1. INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional renasceu no Brasil com a reconstitucionalização 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.

Um Estado de Direito, em uma noção embrionária, que ainda pode ser utilizada nos dias atuais, foi concebido por Platão e Aristóteles como aquele que é governado pelas leis e não pelos homens, buscando-se, desta forma, a limitação do poder. Seria 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 Konrad Hesse (1991) em resposta e complementando a Teoria de Ferdinand 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.

Vale ressaltar que, recentemente, 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.

Nesse sentido, as garantias constitucionais penais e processuais penais deveriam ser observadas e respeitadas no âmbito das decisões judiciais. 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, baseado em uma presunção, ainda que implícita,

de que todo homem é mal, 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 e aspecto daquelas emanadas de um Estado de Exceção.

Vale ressaltar que as decisões de exceção são justificáveis em situações excepcionálissimas, de emergência, de crise, que ponham em ameaça a soberania de um Estado. Nessas situações extremas, poderá haver a suspensão dos direitos e garantias constitucionais até que novamente seja alcançada a ordem interna. Na visão de Canotilho, tal período se constitui através de uma “previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e 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, exige recurso a meios excepcionais”.

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

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 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. Assim, o Princípio da Presunção da Inocência demonstra a base garantista da atual Constituição Brasileira, respeitando a Dignidade da Pessoa Humana.

O magistrado, durante a caminhada processual penal, deverá ser o guardião das garantias constitucionais penais e processuais penais, não podendo trazer à realidade processual, preponderantemente, os desejos e anseios da sociedade. O direito penal e o processo penal não dão margens a uma interpretação expansiva, uma vez que o bem tutelado pela norma constitucional é a liberdade de um indivíduo, direito fundamental, que não poderá ser afastado com base no clamor público e sob a justificativa de busca da pacificação social a qualquer custo.

Como consequência dessas normas constitucionais, o réu, no decorrer do processo penal, não pode ser considerado um criminoso, tendo a Constituição Federal sido bastante clara, nesse sentido, ao definir que ninguém será considerado culpado, até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, a base garantista constitucional, tendo como norma primordial o Princípio da Presunção da Inocência, visa afastar situação onde a violação de certos direitos fundamentais, tais como a vida e a liberdade sejam comuns, não transformando a excepcionalidade em regra, com base em emergencialidade inexistente.

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 deve 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 Princípio da Presunção da Inocência, uma das bases fundamentais do sistema garantista penal nacional, foi alçado, pela Constituição Federal de 1988, a Direito Fundamental de todo cidadão, que não pode ser afastado pelo Poder Judiciário, isso em resposta à fúria, ao ódio e ao medo instalados em nossa Sociedade. 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. Segundo Luigi Ferrajoli (2002), na sua obra *Direito e Razão*, tais “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.”.

O Direito Penal é um 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 Penais e Processuais Penais Constitucionais.

Tal situação também sofre interferência do processo de constitucionalização por qual passaram e vem passando as ramificações do direito. Segundo Barroso (2009), a constitucionalização do direito, trata-se de fenômeno recente, decorrente do reconhecimento da força normativa da Constituição, ou seja, do seu poder em influenciar e guiar todo o ordenamento jurídico brasileiro.

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.

Segundo Ronald Dworkin (2007), 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.

Esclarece Dworkin que diferentes juízes, provavelmente, 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, alertando que pode um juiz até mesmo, em particular, pressupor ou pensar que as decisões políticas deverão respeitar a opinião da maioria da comunidade, mas, concreta e internamente, concluir que tal exigência, de prevalência da vontade popular, não poderá se sobrepor aos interesses expressos nos direitos constitucionais, destacando que os juízes, ao se depararem diante da necessidade de

resolução de casos muito difíceis, poderão desenvolver, paralelamente, sua concepção de direito e sua moral política, de tal modo que ambas deverão se dar sustentação mútua e caminhar numa direção que entendam acertada em matéria de princípios políticos, permitindo a possibilidade de novas reflexões sobre o direito a ser aplicado no caso concreto, pelo que se devem considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que os tenham sustentado no passado, mostrando-se dispostos a abandoná-los em favor de uma análise mais profunda, quando a ocasião o exigir.

Desta forma, Dworkin adverte que, apesar de existirem juízes que conduzirão suas decisões judiciais segundo o norte da vontade popular expressada no seio da Sociedade - até porque integram a comunidade e pensam da mesma forma -, haverão juízes 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.

Não obstante as incisivas lições de 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.

Segundo Antoine Garapon (1996), justifica-se um crescente ativismo judicial, não por opção do Poder Judiciário, mas pela decrescente atuação eficaz (omissões) do Poder Legislativo, especialmente, mas, inclusive, do Poder Executivo, que se colocam em posição de inércia diante do caos social atualmente instalado no Brasil.

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 (lacuna) de normas, abrindo-se espaço para que possam ocorrer violações às garantias processuais assentadas em nossa Constituição Federal e, 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”.

Segundo o Professor Fauzi Hassan Choukr (1991, p. 14), “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.”

Prossegue o Professor Fauzi Choukr (1991, p. 15) afirmando que, atualmente, “a intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. (...) Seria desnecessário anotar que o processo penal, como instrumentalizador do direito material penal – muito embora destacando-se sua autonomia científica – acaba por assimilar essa mesma função simbólica.”

Assim, observa-se, na prática, 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.

Esse populismo penal, inflamado pelo poder da mídia, aumenta, significativamente, o risco da instauração de um Estado de Exceção, mormente diante de sedutores discursos antidrogas, antiterroristas, antiviolação e anticorrupção.

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. Tal incompatibilidade mostra-se mais evidente quando tratarmos da jurisdição penal, uma vez que haveria o comprometimento da imparcialidade necessária ao bom desempenho da função jurisdicional, bem como a inexistência de limites

necessários para barrar eventuais abusos advindos do Poder Estatal, legitimando, desta forma, decisões tipicamente ilegais e inconstitucionais.

Diante do atual quadro de crescente jurisprudência de exceção, onde há uma 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 não só “ad hoc”, mas inúmeras outras que atingirão a todos os cidadãos tais como a inflação legislativa e irracional, uma deformação do direito penal típico do Estado de Direito e a consequente 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 dizer que “não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido”.

Lassalle prossegue: “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.

Em 1959, em uma aula inaugural na Universidade de Frinburg, 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.

Para Hesse, 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.

Hesse afirma em seu trabalho que 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. E continua afirmando que a “burguesia juntar-se-ia solidariamente com o povo e a resistência desse bloco seria invencível, pois nos casos extremos e desesperados também o povo, nós todos, somos uma parte integrante da Constituição”.

Porém, não é o sentimento nacional o único motivo que leva as pessoas a se unirem para reivindicar, existem outros interesses envolvidos, muitas vezes de caráter individual. Importante, no entanto, ressaltar, em que pese a força da união e mobilização popular, a mesma muitas vezes perde a sua legitimidade ao se conformar e fomentar a prática de abusos pelas autoridades, desde que elas estejam na busca do fim a que a sociedade deseja.

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.

Assim, 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.

Ocorre que 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 absorvido 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. Ocorre que, diante do quadro de populismo penal, agravado pela poder da mídia, que se utiliza da emoção no intuito de manipular as ideias do povo, já contaminadas pelo ódio, medo, insegurança e terror, verifica-se um crescente número de decisões judiciais que não respeitam a Constituição, mas obedecem o clamor popular, defendendo, desta forma, uma suposta pacificação social, alegada necessária à evolução da sociedade.

O que vem se verificando, nas entrelinhas das decisões judiciais populistas, é a propagação da ideia de Hobbes de que todo o homem é mau por natureza. Para tal filósofo, no estado de natureza, os homens podem todas as coisas e, para tanto, utilizam-se de todos os meios para atingi-las, consagrando a ideia de que os fins justificam os meios, quaisquer que sejam estes.

Assim, um homem só se impõe a outro homem pela força, percebendo que tudo é possível em seu estado natural, sendo que todo homem é uma ameaça em potencial ao outro. Para Hobbes, a liberdade absoluta e a evidência da potência das faculdades naturais do homem desencadeiam essa desconfiança recíproca e contínua, gerando medo. Diante de tal quadro, Hobbes coloca no Estado, Leviatã, a função de sanar eventuais desordens internas que poderiam surgir na sociedade.

No entanto, deve-se ter em mente que a nossa Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias penais e processuais penais, seguiu entendimento diametralmente oposto ao adotado por Hobbes, ao dispor em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado o até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Aqui, vê-se que o nosso

Constituinte alinhou-se à doutrina de John Locke, considerando que o ser humano deve ser considerado bom, inocente, não-culpado, até decisão definitiva, transitada em julgado, imutável (*res judicata*), em sentido diverso e, somente, assim, poderá ser considerado culpado. Não há espaço, na interpretação conforme o conteúdo material de nossa Constituição Federal, para uma interpretação, nesse ponto, na linha hobbeana.

Não devemos esquecer que vivemos em um Estado Democrático de Direito e que tal modelo se mostra incompatível com o princípio da razão de Estado, tendo em vista que, neste último, os fins justificam os meios, mesmo que se esqueça de se observar a ordem legal e os princípios constitucionais garantidores dos direitos individuais.

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.

Percebe-se, assim, uma forte influência popular no momento da interpretação constitucional, deixando, muitas decisões judiciais, de buscar o real sentido da norma constitucional, para destacar 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 juizes, 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 neo-constitucionalistas. 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. CONCLUSÃO

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 as 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.

Os preceitos Constitucionais devem sempre ser observados, devendo o juiz, ao decidir, afastar-se, ao máximo, das influências e referências externas, para que não vicie sua decisão com posicionamentos parciais e contaminadas pelo clamor popular, sob pena de estar contribuindo para o enfraquecimento da Constituição e da sua força normativa, gerando possível instabilidade democrática.

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.

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.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e Princípios Fundamentais**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, João Francisco Pereira. **Hobbes e o estado de natureza**. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/filosofia/hobbes-estado-natureza.htm>>. Acesso em 02 de dezembro de 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**. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.

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

GOMES, Luiz Flávio; **Populismo Penal**. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,populismo-penal,42761.html>.

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.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo. Editora Atlas. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal.** Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª edição. Editora Saraiva. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2012.

TABET, Diogo. **Ativismo judicial e processo penal:** mais warren's e menos law and order. In Boletim IBCCRIM, , São Paulo, ano 17, n. 205, 2009.