

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Organizadores:
José Ribas Vieira
Cecília Caballero Lois
Ranieri Lima Resende

**Estado e instituições: VI
congresso internacional
constitucionalismo e
democracia: o novo
constitucionalismo latino-
americano**

1ª edição

Santa Catarina

2017



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, na abordagem da relação entre o Estado e suas instituições jurídicas e sociais.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Estado. Instituições. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Ranieri Lima Resende – UFRJ

**A FORÇA POPULAR NA LEGITIMAÇÃO DOS ABUSOS COMETIDOS NO
ÂMBITO DAS OPERAÇÕES POLICIAIS E DECISÕES JUDICIAIS E O RISCO DA
INSTAURAÇÃO DE UM PERMANENTE ESTADO DE EXCEÇÃO.**

**STRENGTH IN POPULAR LEGITIMATION OF ABUSES COMMITTED IN
POLICE OPERATIONS SCOPE AND JUDGMENTS AND THE ESTABLISHMENT
OF THE RISK OF A PERMANENT STATE OF EXCEPTION.**

**Marcela Pithon Brito dos Santos Dantas
Patricia Vieira De Melo Ferreira Rocha**

Resumo

Em que pese a Constituição federal de 1988 deter base garantista, verifica-se em tempos hodiernos, um total desrespeito aos Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. O perigo da instalação de um estado de exceção é cada vez mais presente, mormente diante do poder da mídia na opinião popular, que amedrontada e sedenta por justiça, tutela os abusos cometidos pelas autoridades policiais, ratificados, muitas vezes pelo Poder Judiciário, em um panorama antigarantista e inconstitucional de que os fins justificam os meios.

Palavras-chave: Garantismo, Estado de exceção, Opinião popular

Abstract/Resumen/Résumé

Despite the federal Constitution of 1988 hold garantista base, there is in modern times, a total disregard for Constitutional Principles Penal and Criminal Procedure. The danger of the installation of a state of emergency is increasingly present, especially in the face of media power in popular opinion, which frightened and thirsting for justice, guardianship abuses by police, ratified, often by the judiciary, in a panorama antigarantista unconstitutional and that the end justifies the means.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Guaranteeism, State of exception, Popular opinion

INTRODUÇÃO

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTABELECIMENTO DA BASE GARANTISTA

A ordem constitucional estabelecida a partir da Constituição federal de 1988 determina que o Brasil constitui em Estado Democrático de Direito, tendo como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

A existência de constituições escritas está diretamente ligada à edição de declarações de direitos do homem, e visa o estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo à incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia a disponibilidade do legislador ordinário.

Assim, considerando todas as violações inerentes a Carta Magna, há que se refletir sobre a regressão que está a se consumir no que tange aos direitos fundamentais de primeira geração (direitos das liberdades), contrariando, ainda a efetivação dos direitos de quarta e quinta geração.

É certo que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, não desprezando a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que haja obediência aos limites impostos pela norma.

Ao se assistir as operações realizadas no âmbito das polícias judiciárias brasileiras verifica-se que estão exacerbando os limites do Direito, violando claramente princípios constitucionais, adentrando de forma escancarada e arbitrariamente na vida das pessoas, inclusive contrariando disposições inerentes firmadas via Tratados Internacionais, como a própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que expressamente, em seu artigo 29 sustenta que:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade, No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nestas Declaração.

Evidentes são os abusos não só à Carta Magna, bem como a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, o que poderá levar o Estado Democrático de Direito a situações semelhantes a países Africanos, em que apenas existe democracia quando se verifica a pala vra

“democrático” na legislação, o que apenas serve como adjetivo ditatorial aos olhos do mundo globalizado.

Para CANOTILHO, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *Nullun crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*).

Prender por simples existência de meros indícios, como se verifica em uma série de Operações realizadas pela Polícia Federal viola vários princípios da Constituição Federal, pois, há a constrição da liberdade anterior ao processo de condenação do réu, remontando a década de 1960 onde imperava a prisão para fins de investigação. Atente-se que a letargia é clara tendo em vista que, ainda que fosse o caso de uma população com pleno acesso ao *cohenciemngto*, o que não é o caso, ninguém é totalmente letrado a tal ponto de conhecer tudo, sejam Leis, sejam normativas, bem como interpretar mediante oitiva de uma interceptação telefônica da licitude ou ilicitude de uma atividade praticada pelo cidadão.

Diante das constrições por que passa o cidadão quando das Operações, prevalece o medo, estando o indivíduo refém das autoridades quando se constata hipóteses de violação à norma que possa caracterizar crime. Em nome das prestações de serviços, utilizam-se de várias resoluções do Banco Central do Brasil, por exemplo, como fizeram com a Carta Circular Número 5 que regula as operações através de Contas CC5, Carta Circular Número 4 que regula investimentos em Bolsas de Valores por estrangeiros e sua movimentação, todas datadas da época de 60, época ditatorial, as quais vigoravam e servem ainda nos dias de hoje como norma reguladora para movimentação de recursos para o exterior.

O Estado tem colocado o poder de forma que pessoas, seja na qualidade de Juiz, Procurador, Policial, ou qualquer outra categoria que cuide de “ combater o crime”, tem agido supostamente respaldado pela norma, sem o devido conhecimento de causa, causando verdadeiras catástrofes na vida de cidadãos, condenando-os por antecipação perante a opinião pública.

Patente nesse cenário a falência do Estado Justiça em detrimento do Estado Polícia, o qual impõe através do medo o “não viole a Lei”, e desse modo o Direito Penal e o Processo Penal, por sua vez deitam suas bases em inúmeros princípios constitucionais e infraconstitucionais, que deveriam assegurar sempre os Princípio da Dignidade da Pessoa

Humana e o do Devido Processo Legal, como àqueles principais para a efetivação do Estado Democrático de Direito, acabam por os preterirem em norma da “boa ordem”.

Não se pode olvidar que uma Constituição de um Estado Democrático de Direito tem como função precípua trazer garantias mínimas para que direitos fundamentais como a liberdade sejam resguardados, tendo sempre o indivíduo e sua dignidade como pontos centrais e estruturais de todo ordenamento jurídico.

Em que pese encontrar na Grécia antiga as primeiras construções acerca da pessoa humana como ser dotado de dignidade (homem como medida de todas as coisas), foi com o pensamento iluminista que o conceito de dignidade da pessoa humana ganhou contornos que hoje conhecemos.

Assim, para Kant, “designa-se com este nome o princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve ser tratada apenas como um meio, mas, sempre, como um fim em si mesma; ou seja, que o homem não deve jamais ser utilizado como meio, sem levar em conta que ele é, ao mesmo tempo, um fim em si mesmo”.

Levando-se em conta essa idéia basilar de que a nossa CF de 1988 alçou a dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil, exercendo uma tripla função ordenamental, quais sejam: fundamentadora, informando todo o sistema jurídico positivo do país; orientadora, estabelecendo metas ou finalidades pré-determinadas, tornando ilegítimas orientações normativas e jurisprudenciais que sigam sentido oposto ao indicado por tal Princípio; e crítica, no que toca às condutas.

É certo que a prática de um crime faz com que surja a pretensão punitiva Estatal. Que se efetiva por meio do Processo Penal, sempre se preservando as garantias de defesa que são asseguradas na Constituição Federal. 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.

Por oportuno, deve-se destacar que, o princípio da presunção da inocência não visa afastar de forma absoluta a aplicação de medidas restritivas estatais voltadas à garantia da segurança pública, mas garantir que a violação de certos direitos fundamentais, tais como a vida

e a liberdade, não seja a regra. Medidas excepcionais como aquelas invasoras da liberdade, a quebra do sigilo, seja de qual natureza for, ou o ingresso em domicílio, podem ser decretadas, desde que excepcionais, essenciais ao regular e seguro caminhar processual.

Os princípios constitucionais penais e processuais penais, de base garantista devem ser respeitados, não ocorrendo a insegurança pública o simples fato da sua observância de forma leal. A presunção de inocência, direito fundamental de todo cidadão, não pode ser desconsiderado em nome da fúria e do medo de alguns, que diante da atual conjectura, onde a mídia exerce grande influência na opinião popular, há uma onda de justiça a qualquer custo, onde os fins justificam-se os meios, exterminando-se os direitos individuais.

2 O GARANTISMO PENAL E AO REFLEXOS DA SUA VIOLAÇÃO EM UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA DE DIREITO.

Inicialmente, há que se descarar que o garantismo penal pressupõe obediência plena à Constituição, em primeiro lugar, e às leis, que devem estar integralmente compatíveis com as normas constitucionais, sob pena de configuração de inconstitucionalidade. O julgador não deve encontrar respostas para casos concretos que o afaste do arcabouço legal e constitucional, pois que se assim o fizer, entrará no campo do arbítrio.

Não se deve ponderar normas, nesse contexto, mas sim as circunstâncias fáticas. Preocupação tem sido a palavra que denota a constatação da fragilidade das normas no Brasil, atualmente, pois que por vezes, o poder midiático e a pressão popular (influenciada em grande parte pelos programas policiais sensacionalistas), e também os julgadores, buscam respostas e a tornam verdade, ainda que estejam amparadas legalmente tampouco constitucionalmente. Para o garantismo penal o princípio da legalidade e da separação de poderes são muito importantes, além da necessária efetividade dos direitos fundamentais.

O garantismo tem como pano de fundo o Estado de direito, que defende a tutela das liberdades individuais frente às várias formas de exercício arbitrário de poder, condenado no âmbito do direito penal, e a sua base está no fato de que a máxima liberdade torna limitado o poder, e o máximo poder torna limitada a liberdade, assim, o abuso de poder no que tange ao direito de punir deve ser rechaçado.

Uma questão deve ser colocada, é que o garantismo nada tem a ver com mero legalismo, formalismo ou processualismo. Na verdade, consiste na tutela dos direitos fundamentais, preocupando-se na concretização do direito, tornando as normas efetivas,

afastando os “poderes selvagens”, e conseqüentemente as relações desiguais que possam existir no âmbito do direito\processo penal.

Para Ferrajoli, o garantismo teria três significados, que definem os elementos de uma teoria geral do garantismo, quais sejam: o Poder Público deve estar vinculado ao Estado de Direito; a diferença entre ponto de vista externo e ponto de vista interno e a divergência entre validade e vigor da normas e entre justiça e validade, diante da distinção do ponto de vista externo e interno; a autonomia e prevalência do ponto de vista externo e a sua ilegitimidade diante das instituições vigentes.

No que tange ao primeiro significado; o garantismo é colocado como parâmetro de racionalidade, de justiça e da legitimidade da intervenção punitiva, o que na prática não tem prevalecido. A atual realidade brasileira, no âmbito das investigações da Lava Jato, evidencia total afronta a direitos fundamentais penais e processuais, e conseqüentemente ao pensamento garantista, mormente quando se vê em decisões que autorizam a condução coercitiva, bem como divulgação de gravações decorrentes de interceptações telefônicas, sem qualquer respaldo legal, fundamentadas tão somente em uma enganosa existência da preponderância da segurança jurídica.

Ora, o que se percebe na prática é a doutrina absolutista retornando ao seio social, onde a máxima de que os fins justificam os meios utilizados mascaram a existência da preponderância de interesses e vaidades particulares.

Assim, o modelo normativo constitucional não se mostra efetivo na prática, havendo desobediência dos limites traçados por normas de caráter eminentemente garantista, tais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Ainda sobre os significados do garantismo, aqui merece destaque a questão da divergência entre o modelo normativo, com tendência garantista, como já abordado, e as práticas operacionais, que como citado, demonstram antigarantistas, configurando-se uma antinomia entre validade e eficácia, O que deve-se observar que a eficácia da norma penal e processual penal foge ao seu real mister garantista, diante de fatores externo que influenciam as decisões que vem sendo tomadas no âmbito da operação lava jato.

O que não se pode perder de vista é que vivemos em um Estado de Direito, onde vivemos submetidos às leis, onde o poder judiciário, no âmbito do direito penal, não pode adotar decisões que não detenham base legal. Assim, a matéria penal deve ser tratada por lei e tais leis devem ser respeitadas na tomada das decisões judiciais. A fuga desse modelo tende a afastar a realidade penal de um modelo garantista, fomentando a existência de abusos.

Ao tratar de garantismo, e trazendo tal doutrina mais uma vez às questões polêmicas ocorridas no âmbito das operações policiais, tais como a conhecida “Lava Jato”, uma questão se impõe. Os juízes são obrigados a cumprir às leis? Se suspeitas de invalidade, claro que elas deverão ser afastadas, mas isso não lhes dar o poder de valorar as leis, dotadas de validade e eficácia, de forma ético-política, aplicando-as de forma a fundamentar decisões que não teriam qualquer embasamento legal.

Nessa toada, seriam questionáveis algumas decisões judiciais tais como a condução coercitiva sem previsão legal, tendo apenas como motivação a manutenção da ordem pública, em que pese inexistir tal hipótese para justificar eventual medida cautelar. Nesse mesmo caminho, o que falar da divulgação das gravações decorrentes de interceptações telefônicas, com base no contraditório e ampla defesa, ao passo que o que se observa, na prática, é a frontal ofensa a tais princípios. Por fim, qual a justificativa para fulminar com a presunção de inocência, colocada pela Constituição federal de 1988 como direito fundamental individual, ao permitir a prisão definitiva a partir da decisão de segundo grau, antes mesmo da ocorrência do trânsito em julgado.

Assim, percebe-se, que na prática, leis válidas e eficazes acabam por ter seu real sentido violado, diante da valoração ética e política do magistrado, bem como diante da cobrança da população que embasada em um discurso de medo e ódio, clama por justiça e, muitas vezes, por vingança, a qualquer custo, esquecendo-se que em face da ética do direito e do Estado é que se encontra a base de ideias autoritárias, onde ideias totalitárias encontram seu abrigo e justificação.

3 A FORÇA POPULAR E OS ABUSOS COMETIDOS NO ÂMBITOS DAS OPERAÇÕES POLICIAIS.

Os abusos cometidos no âmbito das operações policiais e ratificadas por decisões judiciais despidas de qualquer fundamento legal e constitucional são também fruto da necessidade de se dispor à sociedade uma pronta resposta ao seu anseio de justiça, fomentado pelo culto ao ódio e ao medo, decorrentes de uma mídia manipuladora.

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 velados pelo mando da legitimidade constitucional forjada através de decisões judiciais com a aparência de legítimas.

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 um direito penal autoritário, antiético, irracional, excessivo, demagógico, fundamentalista e antigarantista. Um forte indício deste último aspecto pode ser observado diante da sua força degenerativa do funcionalismo penal de Durkheim e de Luhmann, levada a cabo no campo penal por G. Jakobs, ao defender um funcionalismo radical.

Percebe-se que a proliferação do populismo penal exige uma democracia, que busca na opinião popular o apoio necessário para o citado endurecimento penal e processual penal, valendo-se da sua utilização justiceira, ainda que contraria ao ordenamento jurídico, como arma política e eleitoreira. Tal situação descrita pode ser facilmente visualizada no âmbito das últimas operações policiais, abarrotadas de diligências, de caráter eminentemente inconstitucional, porém respaldadas pela força positiva da opinião popular fomentada pela mídia.

A demanda popular, 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. Verifica-se, atualmente, que, na prática, há uma atuação populista dos agentes públicos, detentores do poder punitivo, tais como policiais e juízes, dando vida a um novo direito penal autoritário e de exceção, mormente diante da posição ratificadora de decisões policialescas abusivas por parte do Poder Judiciário, quando o seu papel deveria ser de barreira a atitudes que tais.

Não se pode olvidar que o populismo penal aumenta, significativamente, o risco da instauração de um Estado de Exceção, mormente diante de sedutores discursos antidrogas, antiterrorista, bem como anticorrupção. O que não se pode esquecer é que a sociedade pagará um alto preço na busca desmedida de justiça, já que dela decorrerão conseqüências 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 conseqüente jurisprudência de exceção.

No Direito, diferente do que acontece na Política, os fins não justificam os meios. É muito perigoso quando, pretendendo alcançar fins legítimos, usa-se de meios ilegais, pois inicia-se um processo de banalização das normas. Esse tipo de conduta é inadmissível e pode causar nulidades que acabam por prejudicar a efetivação da Justiça e a defesa do interesse da

sociedade. Não se pode esquecer a Operação Castelo de Areia, anulada pelo STJ em 2011 e que teve a confirmação da sua anulação pelo STF em 2015, pelo fato de ter se utilizado de interceptações telefônicas ilegais. O juiz ao pautar suas condutas na vontade popular; esta a esquecer que sua legitimidade está na Constituição, e não em votos.

4 A BANALIZAÇÃO DA OFENSA DAS GARANTIAS COSTITUCIONAIS PELO O ESTADO POLICIALESCO E O RISCO DA INSTALAÇÃO DE UMA REALIDADE DE EXCEÇÃO.

A banalização e a conseqüente ofensa das garantias constitucionais pelo estado policialesco, ratificada, muitas vezes pelo Poder Judiciário, desvela importante questão levantada por Feerajolli em sua obra “direito e Razão”, no que toca ao retorno do Estado de Exceção.

Segundo mencionado pelo referido autor italiano, o “Direito Penal de Exceção” designa simultaneamente duas coisas: a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada”. Tais leis de exceção colocam a razão do Estado em posição acima da razão jurídica como critério informador do direito penal, dando margem a ocorrência de abusos, bem como desobediência a princípios e garantias penais.

Deve-se ter em mente que vivemos e um Estado Democrático de Direito, e que tal modelo mostra-se 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 razão de Estado quando influência as formas da justiça, ou orientam o processo penal, abre espaço ao arbítrio policial, repressão política e regressão absolutista do Estado. Já para Estado de Direito, o Estado é o meio, que se justifica pela sua função de tutelar os direitos fundamentais do cidadão, a eles vinculando todos os seus poderes e regras constitucionais, que detém a rigidez necessária para alcançar a sua finalidade.

A razão de Estado mostra-se ainda mais incompatível com o Estado de Direito se nos debruçarmos sobre a jurisdição penal, mormente porque nelas trazem acima de interesses públicos, questões particulares. Ademais, a razão de Estado não detém a imparcialidade necessária ao bom desempenho da função jurisdicional, bem como traz a marca da falta de limites ao Poder do Estado, legitimando, desta forma, decisões discricionárias do soberano, esquecendo a obediência à lei. A razão de Estado persegue a “verdade substancial”, não

importando a forma como será alcançada; já o Estado de Direito persegue a verdade formal ou processual, sempre obedecendo as normas legais.

Assim, tomando, como exemplo algumas conduções coercitivas ocorridas no âmbito de operações policiais, verifica-se, em muitas delas, em que pese a vontade inquietante da maior parte da população em se descortinar a verdade dos fatos, que certas providências processuais adotadas não encontram qualquer respaldo legal, demonstrando-se assim, a existência da razão de Estado.

Será que a justificativa de salvaguardar a segurança de um depoente, por si só justifica a adoção de medida desproporcional de uma condução coercitiva? Será que a busca da verdade dos fatos justifica adoção de medidas que firam direitos constitucionais tais como: do contraditório, da ampla defesa, da intimidade, dentre outros? A exposição midiática estaria de acordo com o direito de informação da população?

Em que pese o teor polêmico de tais questões, o que se deve ter em mente é que se respondermos afirmativamente a tais indagações estaremos legitimando a antijuridicidade, e a ruptura da legalidade, bem como fomentando alteração das regras do jogo toda vez que uma situação “emergencial” ou uma “condição excepcional” o autorizar. Vale ressaltar, que a interpretação da emergencialidade e excepcionalidade de cada situação é realizada pelo Estado Juiz, que poderá dar a lei a interpretação que entender compatível com a ética, a moral, e porque não com sua própria ideia de justiça.

Assim, percebe-se, que o que vem tornando-se praxe, no seio do processo penal é uma constante mutação substancial das leis, para justificar decisões de legalidade questionáveis. Nesse toar percebe-se a preponderância do direito penal do autor, onde o crime acaba se colocando em segundo plano, ante a necessidade de se conceder a maioria da população respostas pré construídas na mente das pessoas. De tal situação verifica-se muito mais a investigação sobre a pessoa do que sobre o fato delituoso, pregando-se uma verdadeira caçada inconfidente.

O processo penal vem perdendo sua essência de “processo informativo”, onde a busca indiferente dos fatos pelo juiz seria sua marca, ganhando espaço a ideia de processo ofensivo, onde o juiz torna-se inimigo do réu, distanciando-se da imparcialidade na busca dos fatos a qual deveria perseguir.

Ainda no que toca ao processo penal e o desrespeito aos princípios constitucionais que deveriam norteá-los, verifica-se que as delações premiadas, vem exercendo papel modificador no âmbito do processo penal. Perceba que a aplicação dos benefícios decorrentes da delação premiada, colorem o processo penal com características da lógica do amigo/inimigo, uma vez

que o grau da severidade da pena estará de acordo com a ajuda ofertada ao Estado pelos outros investigados.

Nesse aspecto, verifica-se uma abertura do nosso ordenamento Jurídico ao princípio da razão de Estado, demonstrando-se, de certa forma, que em que pese vivermos em um Estado de Direito, a existência de uma tutela, ainda que não explícita a alguns institutos vigentes em um estado excepcional, tudo baseado na premissa absolutista de que os fins justificam os meios, quando na verdade o Estado deveria resguardar a finalidade da sua existência, qual seja, a manutenção dos direitos fundamentais.

Assim, para se manter a veia garantista, não basta a existência de legislação que a resguarde, mas também de uma jurisdição que obedeça, no âmbito de suas decisões, o real ideal das normas. O juiz deve resguardar os direitos constitucionais dos cidadãos, devendo proferir suas decisões despido de qualquer influência política, moral e ética, sempre tutelando pela manutenção dos direitos fundamentais.

A razão de Estado, ao atual exemplo da luta pelo fim da corrupção, não pode se sobrepor ao Estado de Direito, devendo a imparcialidade do juiz se manter incólume, mesmo em situações onde pré-conceitos políticos, morais e éticos mostram-se muitas vezes vetores preponderantes na tomada de decisões polêmicas, que contrariam a principal função do Estado de garantidor dos direitos fundamentais. Pensar de forma diferente e tutelar medidas com nítida natureza excepcional e fomentar razão de caráter absolutista, abrindo sérios precedentes para retornar à um sistema que não mais encontra respaldo Constitucional.

Lembre-se que o princípio do juiz natural é uma garantia do indivíduo, de modo que ninguém pode escolher seus julgadores e os juízes não podem escolher suas causas. Quando as práticas judiciárias quebram os princípios de um processo penal democrático e se opta por um processo penal do espetáculo, é muito comum os questionamentos pela opinião pública ou publicada, sobre estes e outros princípios, abrindo espaço para a prática de abusos e a sedimentação de um direito penal do ódio.

A Constituição brasileira, embora não tenha feito referência expressa à estrutura acusatória do processo penal, consagrou princípios e regras que não deixam que paire quaisquer dúvidas sobre a adoção do sistema acusatório. Ao contrário do modelo inquisitório – que não foi adotado pela Constituição vigente – o sistema acusatório prima pela separação das funções de acusar, defender e julgar. Os processos são públicos e dotados de contraditório, há garantia de defesa e a liberdade é a regra, sendo a prisão verdadeiramente a exceção.

Note-se que na operação Lava Jato há um excesso de cobertura formando o que se chama publicidade opressiva. Não se pode desprezar neste ponto, o preocupante acesso dos

meios de comunicação no Brasil, que gera vazamentos seletivos. O que doutrinariamente chama a atenção é a precedência das prisões ao mecanismo de delação premiada que reiteradas vezes ocorreu nesta operação, como condição para evitar a impunidade, misturando conceitos técnicos, aproveitando o cansaço da população de se ver lesada em inúmeros dos seus direitos.

É importante frisar que o acusado tem o direito de permanecer em silêncio e de não produzir prova contra si mesmo (*nemoteneatur se detegere*), garantias que além de consagradas no texto constitucional, fincam raízes nos tratados internacionais sobre direitos humanos. Some-se a isso, que em função do princípio da ampla defesa, o acusado tem também o direito de estar presente nas audiências ou em qualquer outro ato, não sendo isto um dever. Feitas essas considerações, a condução coercitiva, sem que haja a devida justificativa, como hipótese excepcional, viola frontalmente a Constituição vigente, uma vez que vai de encontro ao que pregam as normas e princípios constitucionais.

Também não é viável prática e economicamente conduzir o acusado “debaixo de vara” para depor se o mesmo não é obrigado a falar. Pior, a condução sem a devida recusa do investigado em comparecer, deturpa o ordenamento pátrio vigente, pois aí o julgador estaria inovando no ordenamento jurídico e adentrando no campo que é papel do Poder Legislativo. Mesmo para quem vislumbre utilidade na condução coercitiva de investigados, esta, por força de lei, só teria lugar quando intimado, o indiciado deixa de comparecer ou se recusa.

Seguindo a necessidade de suposta moralização do país ante a constatação de uma crise financeira, aliada a crise política, que reflete a ausência de investimentos adequados na educação e saúde no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, acerca do Princípio da Presunção de Inocência, decidiu recentemente pela relativização a presunção da inocência, evidenciando um dos maiores retrocessos na história da Suprema Corte.

A Constituição da República preceitua em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O trânsito em julgado pressupõe, tecnicamente, o esgotamento da via recursal. Logo, da leitura literal do texto constitucional, não haveria como alguém possa ser recolhido à prisão após sentença proferida em 2º grau em virtude da possibilidade de interposição de recursos. E aqui, destaque-se que a Constituição não faz qualquer distinção se há ou não confissão do acusado. Dados apresentados pelo Min. Celso de Mello mostram que aproximadamente 25% dos recursos que chegam ao STF e STJ são revertidos, o que demonstra que há uma parcela significativa de condenações revertidas em sede extraordinária.

Numa hipótese de se cumprir uma pena de prisão por 3 anos e ter posteriormente a absolvição nas instâncias extraordinária, como poderia ser restituído o tempo? Não há

indenização financeira que devolva ao apenado seu tempo no cárcere, em especial, nas condições em que a prisão de dá no Brasil.

Alguns Ministros utilizaram como um de seus argumentos o fato de que esse novo entendimento corresponderia à vontade popular, estando eles, supostamente investidos no poder pelo voto? Estaria a permanência destes condicionada à confirmação do povo?

Há que se falar também que tal medida inchará ainda mais o já superlotado e desumano sistema carcerário, além de contrariar as posturas que vêm sendo adotadas pelo CNJ visando diminuir o número de presos provisórios e o déficit carcerário, o que em nada viabiliza a impunidade. Punir não é apenas prender, estando o direito penal, lembre-se, como ramo subsidiário no ordenamento brasileiro.

As interceptações telefônicas, reguladas pela Lei 9.296/96, também chama a atenção, pois que conforme a norma deve se dar: para fins de investigação criminal e instrução processual; depende de ordem judicial competente para a ação principal e observará o segredo de justiça. Além disso, o art. 8º da lei prevê que a interceptação ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições. Prevê ainda a norma que que a gravação que não interessar ao processo será inutilizada e que a quebra de seu segredo de justiça é crime com pena de reclusão de 2 a 4 anos.

O legislador, não por acaso, cercou de cuidados a interceptação evidenciado que se medida extrema que afeta a profunda intimidade do indivíduo, garantia fundamental assegurada desde 1988.

Não haveria proporcionalidade, a razoabilidade, ou mesmo interesse público que justificasse a divulgação de uma interceptação de conversas pessoais, muito menos de conversas alheias ao objeto da investigação, afinal se assim o fosse, estar-se-ia diante da hipótese de que para se combater o crime pode-se até mesmo cometer outro.

Tema de igual relevância neste contexto é a midiaticização da justiça na formação da decisão do julgador. A publicidade do processo é uma garantia fundamental que caminha ao lado da liberdade de expressão, e talvez aqui esteja um dos maiores entraves para a realização de julgamentos pautados no devido processo (processo justo). Muitas vezes, e agora ainda mais, devido à popularização da internet, a cobertura midiática dos julgamentos, não raro, se traduz numa publicidade opressiva.

Não há dúvidas que a liberdade de expressão e a publicidade são garantias constitucionais que visam a proteção e a dignidade do indivíduo, não podendo ser convertidas em instrumento de opressão, prejudicando o direito ao julgamento justo. É por isso que, em

casos concretos, deve ser possível limitar a publicidade em prol da garantia da dignidade do indivíduo. Evidente que existe grande diferença entre a verdade produzida pela mídia e a produzida pelo processo, limitado por princípios éticos e legais que não encontram abrigo no jornalismo investigativo. Um exemplo de publicidade opressiva que feriu frontalmente a dignidade humana foi o ocorrido no caso clássico da Escola Base, em São Paulo, em que os proprietários da escola foram acusados equivocadamente de abuso sexual. Um mês após o ocorrido, o inquérito foi arquivado por falta de provas, mas já era tarde demais.

Ainda no que tange às garantias constitucionais, há que se mencionar ainda o Estatuto da Primeira Infância, que prevê um novo regime prisional para condenadas mães. Esse ordenamento traz à tona o princípio do maior interesse da criança, que deve condicionar a legislação e dar mais dignidade não só as crianças mais também às mulheres que ostentam a condição de ré e de condenadas, evidenciando que a condição de ser humano não pode ser desprezada, ainda que haja a imposição de sanção por descumprimento do ordenamento penal vigente.

O Direito Garantista precisa ser assegurado ainda que presente a forte crise institucional, ética e moral que assola o país. Patente que o Brasil vive a maior crise da democracia brasileira, após o longo e triste período de ditadura militar. No fim de 2015, a decisão do STF que autorizou o ingresso no domicílio durante à noite, sem mandado, mediante justificção posterior, traz um dos maiores ataques à Constituição. Em seguida, verifica-se a inovação de um “decreto de prisão em flagrante” relativamente a um membro do congresso nacional que só poderia ser preso por crime inafiançável, o que não ocorria na hipótese. Após verifica-se o aviltamento da presunção de inocência com a possibilidade de execução provisória da pena. Qual o limite da violação?

Nas instâncias inferiores, nota-se decisões divorciadas do sistema constitucional de igual forma. No parlamento, projetos de leis medonhas e nas ruas o clamor popular. Predomina a falta de racionalidade, de diálogo e de reflexão, n um cenário perfeito para uma onda totalitária perigosa. O direito muito já perdeu e muito ainda perderá, acaso se continue nesse caminho.

Nesse cenário, observa-se que a história vem sendo marcada por retrocessos constantes. Mas há que buscar ainda a árdua tarefa de continuar ensinando e lutando por um processo penal democrático, ainda que hoje se figure como um quadro utópico.

O supergarantismo precisa ainda ser mencionado. Corporifica-se, por exemplo, no uso dos seguintes expedientes: a) contratação de grandes bancas de advocacia, que são as únicas capazes de manejar "recursos especialíssimos", como os "embargos auriculares" e "embargos familiares"; b) manipulação da mídia; c) perseguição velada às autoridades públicas

responsáveis pela investigação e processo; d) patrocínio de lobby para criação de leis penais mais brandas pertinentes a certos delitos.

Tudo feito dentro da lei, sob o auspício da Constituição Cidadão. Este supergarantismo, invenção exclusivamente brasileira, com o qual Ferrajoli nunca sequer sonhou, e que permanece alheio aos desafortunados, aparecer como um mecanismo de assegurar as garantias constitucionais. Ocorre que é nesse supergarantismo que mora a raiz da proteção e impunidade dos poderosos, enquanto que para os medianos (aquele que não ostentam de grandes posições sociais e/ou financeiras), contam com a deficiência estrutural das instituições policiais, judiciárias e acusatórias, além das falhas da legislação, para escaparem da justa persecução penal que deveriam se sujeitar, engrossando assim as estatísticas da impunidade.

Aos desafortunados resta apenas a deficiência estrutural referida para ganharem o título de impunes, pois normalmente não possuem recursos para custear uma defesa capaz de garimpar, nas brechas da norma, um detalhe extraordinário que lhes beneficie.

O fator estrutural, no caso dos desafortunados, entretanto, em algumas situações, ao reverso de proporcionar impunidade, possibilita a punição injusta, pois é interesse do poder estatal (abstratamente considerado) punir alguém, até mesmo para justificar sua relativa inoperância. Nesse momento se assiste a dicotomia das duas faces da celeridade processual: a) a primeira, do processo do poderoso, onde a celeridade está a mercê da defesa, ditando o ritmo, travando quando seu constituinte está solto, e acelerando quando ele está preso; b) a segunda, do processo do desafortunado, onde o crime normalmente é de fácil elucidação, em regra não possui organização sofisticada para prática do delito, e a defesa é meramente formal, não usando recursos, incidentes processuais ou qualquer outro instrumento legal de protelação, tendendo a condenação rápida e a consequente execução da pena, imediata. Na segunda hipótese é que algumas instituições persecutórias normalmente tentam se apresentar como eficientes visando esconder a real inoperância.

5 CONCLUSÃO

A imposição de limites ao Poder Estatal, é uma técnica desenvolvida pela Teoria do Garantismo, originária da inspiração iluminista e do uso alternativo do Direito, como forma não só de se controlar o excesso hipotético ou não cometido pelo Estado, mas o de também definir, através da racionalidade constitucional, o critério fundamental para tanto.

A Democracia no Brasil, vacilante na perspectiva garantista, usa o argumento da maioria, como forma de legitimação para uma mudança, ou de uma nova ordem, sabendo-se,

evidentemente, que em muitos casos carece de base jurídica, e é preenchida com a perversidade da força do Estado.

Lembre-se que Ferrajoli nomeou como o sistema garantista o grau de comprometimento ou não de um país com os fundamentos democráticos, sua base e maturação constitucional, processual e penal, servindo tal estudo como meio de análise do sistema processual penal no Brasil.

Ferrajoli estabeleceu como democracia substancial aquela que é constituída de efetivas garantias e que passa, através desse marco teórico, à prática da legitimação da defesa substancial dos direitos fundamentais que a compõem, destacando a igualdade de direitos e os limites penais e processuais democráticos, de modo a se buscar estabelecer a partir de então quais serão os futuros limites das regras do jogo do processo.

Para a busca pela verdade dentro do processo, as provas não podem possuir tarifação diferenciada, e pelas regras democráticas deverão ser investigadas no cuidadoso cotejo analítico do juiz garante, devendo seu olhar estar direcionado a todas as demais produzidas não só pelo critério do contraditório, mas à estrita legalidade.

Neste cenário grande é a dificuldade dos tribunais brasileiros de definitivamente admitir que a verdade real é na verdade uma empulhação não só para a massa mas para muitos juízes, promotores e advogados que jamais saíram do senso comum e que apenas aplicam aquele mesmo repositório de decisões superiores que francamente, não foram a fundo na reflexão se é possível ou não a (re)cognição dos fatos.

A par disso, grande parte da doutrina brasileira insiste em crer que o processo penal é balizado na verdade material, sem que se tenha em conta que a forma como é conduzida é discutível. O processo penal brasileiro ainda possui o ranço inquisitório do Código de Processo Penal de 1941 que influencia até hoje decisões em todo o país nos mais diversos tipos penais, o que permite que em muitas situações, o prender ou não alguém seja norteadado por setores midiáticos, o que provoca posicionamentos de tribunais superiores que reformam despachos/sentenças arbitrárias aplicadas ao arrepio das garantias constitucionais mínimas aceitáveis, ferindo a democracia brasileira.

Necessário que se atente para a necessidade de se assegurar as garantias constitucionais como meio de se buscar uma sociedade em que a paz social seja instaurada como objetivo comum e não como necessidade de se impor a pena por justificação em razão da seletividade social da pena.

Não há como se perpetuar um sistema que pautando-se na exceção, busque a revogação das garantias até então conquistadas, ignorando a condição de ser humano do cidadão ainda que já apenados.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo, Ed. Malheiros, 2008.
- 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. (Coleção saraiva de legislação).
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- KELLER DO VALLE, Juliano. Crítica a Delação Premiada: uma análise através da Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.
- LIMA, George Marmelstein. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo. Editora Atlas. 2014.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- 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.