

O PAPEL DOS JUÍZES NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: reflexões sobre ativismo, minimalismo e realismo no âmbito criminal

Raecler Baldresca

Juíza Federal em São Paulo.
Professora de Direito Processual Penal e Doutoranda na PUC/SP.

RESUMO

O presente artigo trata do atual protagonismo do Poder Judiciário, de sua função na concretização da justiça e dos limites de sua atuação, distinguindo o fenômeno da judicialização constitucional e algumas formas de interpretação das normas constitucionais, especialmente do ativismo judicial, do minimalismo e do realismo jurídico. Além de discutir a questão no âmbito cível, o artigo trata da atuação inédita do Poder Judiciário no âmbito criminal e os reflexos do minimalismo, realismo e ativismo nesta seara, apontando vantagens e desvantagens dessas teorias, sobretudo diante da criminalidade transindividual da atualidade.

Palavras-chave: Judicialismo — Ativismo — Minimalismo — Realismo jurídico — Distinções — Matéria criminal.

INTRODUÇÃO

A reflexão sobre o papel dos juízes na aplicação das normas jurídicas quase sempre envolve a discussão acerca do grau de discricionariedade que sua atuação implica e na desconfiança que essa atividade pode gerar.

Seria o juiz totalmente livre para interpretar as leis e a Constituição sem critérios pré-estabelecidos, observando apenas sua convicção pessoal sobre a realidade à sua volta? Ou deveria investigar a vontade do legislador quando do surgimento da norma? Deve, o Poder Judiciário, decidir as questões controvertidas à exaustão a fim de solucionar conflitos no futuro ou a adoção de uma postura minimalista, por vezes, é recomendável? E diante de uma Constituição essencialmente principiológica, como a Carta de 1988, como devem agir os juízes e Tribunais na atividade de interpretação?

O fenômeno atual de protagonismo do Poder Judiciário tem gerado essas e outras indagações, obrigando os próprios juízes a realizarem um debate sem precedentes sobre sua função na concretização da justiça e os limites de sua atuação, sobretudo na interpretação das normas constitucionais.

Ocorre que são poucos os fóruns naturais de discussão que não estão alheios a esse processo. Ainda hoje, em sua maioria, as faculdades de direito adotam uma postura mais próxima do normativismo positivista e o ensino do Direito, em geral, se limita ao conhecimento das normas jurídicas e à utilização do método lógico-dedutivo para a solução das questões judiciais. Nesse regime, ficam esquecidos os processos indutivos que instalam a força de uma previsão e que deveriam ser utilizados como recurso principal. Também sob essa ótica, o magistrado é colocado como um simples e autômato aplicador da vontade da lei.

Também raras são as escolas de magistrados que discutem teorias de interpretação constitucional e, a rigor, não são muitos os juízes preocupados com essa questão, sobretudo considerando o

imenso volume de trabalho a que estão submetidos e a necessidade de vencerem uma demanda jurisdicional sempre crescente. O foco na produtividade e nas atividades administrativas que estão sob a responsabilidade dos magistrados tem tornado seu cotidiano cada vez mais distante das reflexões sobre o papel do Poder Judiciário na atualidade.

Entretanto, não há dúvidas de que há uma convocação para que os juízes atuem como guardiões da Constituição e enfrentem questões nas quais antes não se envolviam. O judicialismo constitucional já é uma realidade e cabe aos membros do Poder Judiciário refletirem sobre o papel que desempenham e sobre o grau de sofisticação de sua atuação.

1 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Se a história é repleta de exemplos da supremacia do Poder Legislativo em relação ao Executivo e ao Judiciário, o momento atual do constitucionalismo se caracteriza pela substituição dessa ideia por uma concepção cuja marca é a incontestável superioridade da Constituição e a consequente submissão a ela de todos os poderes do Estado Democrático de Direito.

Acompanhando esse movimento, o Poder Judiciário passou a ocupar posição de destaque. De meros aplicadores mecânicos das leis, os juízes foram alçados à categoria de guardiões da Constituição, atentando especialmente para os limites do poder estatal e para a concretização dos direitos fundamentais.

Ao desempenharem esse papel, os conflitos com os demais poderes, que inegavelmente vivem uma crise de legitimidade e que perderam espaço ao longo do tempo, passaram a ser inevitáveis. Com efeito, o Poder Judiciário tem sido chamado a examinar temas que antes eram tratados apenas pelos outros poderes da República.

Esse movimento decorre do processo de redemocratização do Brasil e da própria vontade do legislador constituinte, que optou

por fortalecer o Poder Judiciário e os instrumentos de exercício da cidadania, inaugurando uma constitucionalização extremamente abrangente.

Segundo o Ministro Luis Barroso, o movimento de redemocratização e a Constituição de 1988, além de transformarem o Poder Judiciário em um poder político e potencializarem o Ministério Público e a Defensoria, alçaram, à categoria constitucional, diversas matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária. De outro lado, também trouxeram um sistema de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, com variados legitimados ativos, de modo que quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.¹

De outro lado, o enfraquecimento da neutralização política do Poder Judiciário, a consolidação dos direitos fundamentais e o advento da sociedade tecnológica acarretaram uma profunda mudança no próprio sentido do direito e, conseqüentemente, na forma de julgar, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Se no passado, o julgamento se referia apenas a atos já praticados ou a situações já concretizadas, atualmente o Poder Judiciário é chamado para avaliar comportamentos futuros, conforme já apontava Tércio Sampaio Ferraz Jr. Segundo o jurista:

As condições em que a divisão dos poderes e a consequente neutralização política do poder Judiciário floresceram alteraram-se profundamente em nosso século. Sobretudo nos últimos cinquenta anos, o advento da sociedade tecnológica aumentou consideravelmente o nível de complexidade da vida humana. A civilização tecnológica não apenas cria mais possibilidades de ação, como se alimenta de si própria, aumentando e acelerando a possibilidade da própria criação tecnológica. Este movimento reflexo da tecnologia – a manipulação tecnológica da própria tecnologia – altera o sentido

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, dez. 2008, p. 06. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: nov. 2014

dos controles sociais e políticos, repercutindo nos controles jurídicos. Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi realizado, mas como ele se realizará. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para a sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída, que se há de entender o advento do estado do bem-estar social.²

Considerando esse novo sentido do direito, agora projetado para alcançar situações futuras, é que se coloca o protagonismo do Poder Judiciário na atualidade e se discute o grau de discricionariedade envolvido nesta atuação, tornando-se importante realizar algumas distinções, especialmente entre o fenômeno da judicialização constitucional e algumas formas de interpretação das normas constitucionais.

1.1 Judicialização: ativismo, minimalismo e realismo judicial

Embora semelhantes, a judicialização e o ativismo judicial são institutos diferentes. Segundo Barroso vêm “*da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens*”.³ Apon-tamos que a judicialização significa a inédita participação do Poder Judiciário na solução de questões difíceis e atuais. É um movimento que se observa na atualidade e que se revela pelo fato de que os órgãos do Poder Judiciário passaram a decidir questões de grande

² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?” In: *Revistausp*, São Paulo, n. 21, mar/abr/mai 1994, p. 18.

³ BARROSO, Luís Roberto, op. Cit., p. 6.

repercussão política, social ou econômica que tradicionalmente seriam decididas pelo Legislativo e pelo Executivo.

De outro lado, o ativismo judicial se refere a uma forma de interpretação constitucional na qual o intérprete expande os conceitos para atingir situações não expressamente previstas pelo legislador a fim de concretizar direitos, mais especificamente, os direitos fundamentais.

Sobre essa distinção ensina Barroso:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.⁴

Nesse sentido, surge um movimento que pretende substituir a forma de atuação do intérprete que apenas aplica a lei ao caso concreto pelo critério da subsunção, quase que de forma automática. Esse movimento procura assegurar os direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição a partir de decisões fundamentadas essencialmente em princípios, afastando ou negando a aplicabilidade de regras específicas.

Assim, o ativismo judicial se revela a partir do momento em que o Poder Judiciário passa a aplicar a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. Também, quando declara a inconstitucionalidade de atos normativos do Legislativo com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação

⁴ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 17.

da Constituição, além de impor condutas ou abstenções ao Poder Público, especialmente em matérias de políticas públicas.

Se as primeiras notícias sobre a existência do ativismo judicial surgiram nos Estados Unidos e datam do início do século XX, no Brasil, esse movimento ocorreu após a entrada em vigor da Constituição de 1988, que aumentou consideravelmente as atribuições do Poder Judiciário, especialmente permitindo o controle abstrato de constitucionalidade e abrindo caminho para essa nova forma de interpretação. Além disso, a sociedade contemporânea impõe, aos juízes, que solucionem conflitos de maior complexidade, exigindo uma postura distante do formalismo positivista, que não atende mais seus anseios atuais.

Com efeito, como examina Anderson Vichinkeski Teixeira:

O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A Política encontra-se acometida pela burocracia – e progressiva burocratização – do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política. Diante desse cenário, o magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais, é chamado a atender demandas cujo elevado e crescente grau de complexização impede que ele se mantenha adstrito ao padrão de racionalidade jurídica, bem como às técnicas hermenêuticas e decisórias que fundamentavam a era do apogeu do positivismo jurídico ocidental, durante o século XIX e a primeira metade do século XX.⁵

⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política”. In: *Revista direito GV*, São Paulo, n.15, jan./jun. 2012, p. 42.

Ressalte-se, porém, que há uma vertente nociva nessa atuação mais efetiva do Poder Judiciário quando a racionalidade jurídica passa a ser também substituída por uma racionalidade política, conforme analisa Anderson Vichinkeski Teixeira:

A concepção aristotélica de bem comum, a ser garantido na polis (cidade-Estado) por meio da Política, pressupõe uniformidade cultural, unidade ética e baixíssima complexização social. Nas atuais sociedades ocidentais de altíssima e crescente complexização social, multiculturais e fragmentadas em diversos microssistemas éticos, o bem comum se encontra cada vez mais reduzido, não indo muito além do que a busca da estabilidade do próprio macrossistema social. Os setores sociais construíram suas próprias axiologias, de modo que aquele que assume o poder decisional estará, inexoravelmente, vinculado aos valores e aos interesses daqueles responsáveis pela sua ascensão ao poder. [...] Diante disso, a forma mais nociva de ativismo judicial é aquela que vincula o julgador a um setor ou setores sociais específicos, em detrimento de indivíduos cujos interesses se encontram juridicamente protegidos, os quais teriam, no Judiciário, o espaço derradeiro para a sua proteção. Não se confunda essa prática com julgar influenciado por orientações pessoais, pois, conforme já falamos, qualquer indivíduo possui preferências políticas, religiosas e morais, mas isso não impede que a decisão esteja em plena conformidade com o ordenamento jurídico vigente.”⁶

De fato, há algumas armadilhas para as quais é preciso se atentar quando se defende o ativismo judicial. A primeira delas é o risco de que a decisão judicial, fundada em uma interpretação principiológica, busque uma finalidade política e negue a tutela de interesses legítimos e legalmente protegidos. Em outras palavras, quando se afasta da racionalidade jurídica para atender uma opção ideológica pessoal do julgador.

Outro aspecto importante refere-se à indesejável substituição do Poder Executivo e do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, *op. cit.*, p. 48.

Note-se que, embora não se trate de uma tarefa fácil quando se está diante da efetivação de direitos fundamentais, não cabe aos juízes decidirem especificamente como serão gastos os recursos públicos e como as políticas públicas serão concreta e especificamente implementadas, assim como não lhes cabe também criar leis e normas abstratas.

A questão das decisões judiciais que autorizam tratamentos de saúde experimentais ou no exterior sob o fundamento da universalidade do acesso à saúde é um dos exemplos em que a cautela deve imperar, sob pena de comprometer o planejamento do uso dos recursos públicos, que precisa contemplar toda ou a maior parte da população. Registre-se, novamente, que em face da escassez de recursos e das dificuldades orçamentárias existentes, não cabe ao Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, sendo possível, entretanto, controlar seu cumprimento pela via judicial.

De outro lado, também não se pode confundir o ativismo com mero populismo judicial, em que há um sentimentalismo desqualificado, que acaba por guiar a atuação jurisdicional e compromete a estrutura do Estado Democrático de Direito na medida em que é lesiva aos próprios direitos fundamentais.

Nunca é demais ressaltar que embora o constitucionalismo imponha ao Poder Judiciário o dever de resguardar os valores constitucionais até contra decisões dos outros poderes da República, estes representam a vontade da maioria, devendo ser neutralizados com parcimônia apenas quando houver necessidade de controlar o exercício do poder.

Em oposição ao ativismo, há a autocontenção judicial que, a partir de uma postura mais minimalista, sustenta que o Poder Judiciário deve evitar interferir nas ações dos outros poderes, reduzindo o espaço de incidência da Constituição. Era a linha tradicionalmente adotada pelo Poder Judiciário Brasileiro até o advento da Carta de 1988 e, note-se, refere-se a uma forma mais contida de interpretação das normas constitucionais.

Segundo Barroso, por essa linha:

[...] juízes e tribunais: a) evitam aplicar diretamente a CF a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; c) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas.⁷

Assim, o minimalismo judicial se caracteriza por defender que o pronunciamento dos juízes se restrinja apenas às questões consideradas indispensáveis para a fundamentação da decisão. Para os minimalistas não cabe, aos juízes, promover uma ampla agenda de reforma constitucional por meio das decisões judiciais, razão pela qual não devem ingressar em teorias ambiciosas acerca da interpretação jurídica. As questões complexas devem ficar em aberto, sem qualquer discurso principiológico e sem a fixação de padrões de orientação para casos futuros.

Além da oposição existente entre o ativismo e o minimalismo judicial, é importante registrar as diferenças existentes entre uma atuação mais proativa por parte do intérprete, sobretudo diante da efetivação dos direitos fundamentais, e o realismo jurídico por muitos defendido.

De fato, para os jusrealistas, há uma verdadeira supremacia do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo na medida em que os legisladores apenas criam o texto legal ao passo que o Direito é construído pelos juízes no caso concreto. Adotar a teoria jusrealista significa compreender o juiz como agente criador do Direito, de modo que estudar Direito é analisar o comportamento daqueles que realizam a decisão judicial, em evidente contraposição ao sistema adotado em grande parte das universidades brasileiras, nas quais ainda se ensina o Direito a partir do conhecimento das normas jurídicas e das relações entre elas e os fatos da vida.

⁷ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 7.

O ativismo judicial, ao contrário, embora pretenda estimular os juízes a desempenharem um papel mais ativo na implementação dos dispositivos constitucionais e se oponha ao positivismo normativo extremado, não defende que se conduza a uma hipertrofia do Poder Judiciário com a repressão dos demais poderes, tampouco confere carta branca aos juízes para decidirem sem qualquer limite normativo.

Nesse sentido, se fosse possível estabelecer uma gradação que considerasse o grau de volatilidade dos parâmetros de controle de constitucionalidade, haveria o realismo jurídico em um extremo – sem qualquer fixação aos fundamentos constitucionais reais – e em outro extremo haveria o positivismo normativo, que vê o juiz, soldado da lei, como mero aplicador da norma ao caso concreto. Entre os dois extremos, haveria o ativismo e o minimalismo judicial.

Importa consignar, contudo, que seja a partir de uma concepção mais ativa do intérprete, quanto à efetivação dos direitos fundamentais, seja a partir de uma interpretação mais contida dos dispositivos constitucionais, a questão central a que se chama a atenção refere-se ao papel dos juízes na aplicação das normas jurídicas e justificação de suas decisões, especialmente diante da diversidade de teorias e formas de interpretação constitucional.

Isso porque a desconfiança da sociedade em relação ao Poder Judiciário hoje tem muito mais relação com a falta de coerência, de sistemática e de clareza da decisão judicial do que propriamente com o natural inconformismo daquele que teve seu pleito negado. Nesse sentido, o grande problema não é a pluralidade de formas de interpretação constitucional ou mesmo a busca da uniformização de entendimentos; ao contrário, a diversidade é extremamente saudável, sobretudo quando se trata de uma ciência que se alimenta do debate de ideias, na maior parte das vezes, conflitantes. A questão fundamental é a exposição clara e coerente da linha filosófica, ideológica ou jurídica adotada e da estrutura que a sustenta.

3 A DISCUSSÃO NO ÂMBITO CRIMINAL: JUDICIALIZAÇÃO, MINIMALISMO, REALISMO E ATIVISMO

Se no âmbito cível, a judicialização se revela como um protagonismo do Poder Judiciário, distinguindo-se do ativismo judicial, por este se tratar de uma forma de atuação para a concretização dos direitos fundamentais, no aspecto criminal, o mesmo fenômeno se observa, embora com algumas variáveis relevantes.

De fato, a consolidação das instituições democráticas, a independência do Ministério Público, a liberdade de imprensa e a profissionalização da atuação da Polícia Federal, nos últimos anos, têm permitido que determinados casos criminais sejam submetidos à apreciação do Poder Judiciário de maneira inédita. Em outras palavras, o momento político e institucional do país tem permitido, à Justiça, alcançar pessoas e situações que antes não alcançava.

Entretanto, esse ineditismo não se confunde com uma era de justicamentos ou mesmo com a adoção de uma ou outra teoria de interpretação, como o ativismo judicial. Note-se que a novidade do julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal, também conhecida como “Mensalão”, teve muito mais relação com a qualidade dos réus envolvidos e com a publicidade dos atos judiciais do que efetivamente com a interpretação das normas e da Constituição.

É certo que se poderia sustentar que o fato de nunca ter havido um julgamento deste porte indicaria justamente uma certa atuação mais ativa do Poder Judiciário que não existia antes. Mas a verdade é que a AP 470 não foi submetida ao Poder Judiciário por ação ou vontade deste órgão que é, essencialmente, inerte, a princípio. O caso foi levado ao Poder Judiciário, a partir da atuação coordenada de vários órgãos que exerceram o *jus persequendi* e permitiram a existência de um processo sólido o bastante para sustentar a condenação dos réus.

É evidente que, durante o julgamento, foi possível se constatar alguns pronunciamentos que indicavam uma postura mais ativista por parte dos julgadores. Entretanto, também foi possível

se observar manifestações com características do positivismo, do realismo e do minimalismo, o que demonstra, mais uma vez, que embora a judicialização seja um fenômeno que propicie uma maior discussão sobre as diversas teorias de interpretação constitucional, com elas não se confunde.

A reflexão sobre o minimalismo, o realismo e o ativismo judicial é especialmente importante na área criminal, na qual é recomendável que o Poder Judiciário estabeleça paradigmas de interpretação para casos futuros, sobretudo diante do caráter preventivo que suas decisões ostentam.

Se de um lado é atraente a ideia de deixar em aberto questões complexas, especialmente para se obter consenso em órgãos colegiados, como é característica das posições minimalistas, de outro lado é fundamental que a Corte Suprema estabeleça padrões de orientação para casos semelhantes, seja para pautar a interpretação para outros órgãos jurisdicionais, seja para fixar modelos para reprovação de comportamentos criminosos cuja punição a lei prevê.

Da mesma forma, quanto ao entendimento das regras processuais penais, é extremamente relevante se anunciar a posição da cúpula do Poder Judiciário sobre determinados procedimentos e institutos, vez que estão sendo aplicados diariamente em milhares de casos em todo o país. Necessário reforçar, portanto, o caráter didático das decisões judiciais na esfera criminal, o que acaba sendo comprometido pela adoção de uma postura mais minimalista.

O realismo jurídico também apresenta problemas na esfera criminal. De fato, adotar-se a realidade social como fundamento principal em detrimento da lei pode gerar decisões judiciais viciadas por um decisionismo político absolutamente indesejável. O jus-realismo, apresentado como uma vertente mais radical à frente do ativismo judicial, apresenta esta face extremamente nociva. Sobre decisões judiciais viciadas por decisionismo político, esclarece Anderson V. Teixeira:

[...] antes mesmo de se conhecer pormenores do caso concreto, parte-se de predeterminações e predefinições que fogem

dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas que o julgador possui. Ou seja, ocorre quando se busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências regulativas do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente.⁸

Mas é curioso que se no âmbito cível/constitucional o ativismo se caracteriza pela atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, um juiz ativista criminal poderia ser essencialmente um garantista, de modo que a interpretação das normas sob esse prisma teria, curiosamente, um viés mais conservador, ao contrário do que ocorre com a interpretação ativista das normas constitucionais na esfera não criminal. Seria uma visão do constitucionalismo garantista atrelado ao positivismo.

De outro lado, há aqueles que compreendem o ativismo judicial como uma forma de interpretação em que se procura dar maior efetividade às normas repressivas sob o argumento da defesa do interesse público. Esse entendimento parte do pressuposto de que a sociedade não tolera mais um Poder Judiciário absolutamente legalista, e que se limita a aplicar a norma sem perceber as mudanças em relação ao Estado e à criminalidade, defendendo não haver mais razão em compreender o direito penal e o direito processual penal atuais, sob a perspectiva liberal clássica fundada na proteção do indivíduo contra a tirania do Estado violador, que usaria toda sua estrutura e arsenal contra a criminalidade individual.

É certo que a realidade atual é bem diferente, sobretudo se considerarmos a estrutura modesta do Estado, que tem tido dificuldades sérias para combater a criminalidade organizada infiltrada inclusive na estrutura estatal. Esse descompasso existente entre as posturas liberais e a realidade atual tem sido um dos fatores ensejadores da impunidade que abate a sociedade brasileira e tem feito com que muitos julgadores defendam a supremacia da segurança pública contra os interesses individuais na interpretação das normas constitucionais.

⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, op. Cit., p. 51.

Com efeito, a defesa da segurança pessoal dos cidadãos não seria tão importante quanto a proteção da saúde, da educação ou do trabalho? Não foram esses direitos elevados à categoria constitucional e que podem ser protegidos penalmente?

Ao discutir a necessidade de proteção desses bens e tratar a segurança como direito fundamental do cidadão, Lenio Streck aponta:

Contra o poder do Estado, há que se lançar mão de todas as garantias constitucionais. Trata-se daquilo que pode ser denominado de “garantismo negativo”. É a proteção do cidadão contra os abusos cometidos pelos agentes estatais (Übermassverbot). Há, nesse aspecto, uma certa pressuposição de que o Estado se coloque como adversário ou até mesmo como inimigo da cidadania e da sociedade. Mas essa pressuposição é apenas *juris tantum*, e não *jure et jure*. Com efeito, parece não haver dúvida no sentido de que os abusos cometidos por agentes estatais podem trazer consequências diferentes, *dependendo do modo como são praticados*. Assim, o abuso de direito cometido por um juiz ou policial contra um cidadão pode ser corrigido pela via de *habeas corpus*. É, pois, um ato abusivo do Estado contra um interesse individual. Entretanto, pode ocorrer que determinado ato (abusivo) acarrete consequências para o restante da sociedade, isto é, em relação aos demais cidadãos, como no caso da concessão de *habeas corpus* ou liberdade provisória feita de forma equivocada, inconstitucional. Para ser bem específico: uma decisão judicial equivocada pode colocar em risco um bem jurídico fundamental dos demais membros da sociedade, isto é, a segurança pública. O que fazer nessas circunstâncias? A Constituição e o sistema processual penal proporcionam apenas a proteção em uma determinada direção? Não há uma mão dupla nesse trato com o *status libertatis*?”⁹

⁹ STRECK, Lenio Luiz. “Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal”. In: *Direito penal em tempos de crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 89.

O surgimento do modelo de Welfare State e a complexidade social do século XX passaram a exigir que não se defenda apenas a proteção do indivíduo contra abusos estatais (garantismo negativo), mas sim que sejam utilizados os meios preventivos e repressivos indispensáveis à defesa da segurança e dos direitos e liberdades dos cidadãos,¹⁰ sobretudo diante da criminalidade transindividual, que nefastas consequências têm produzido na sociedade, como é o caso dos crimes financeiros, de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e praticados por organizações criminosas em geral.

E não há como negar que as normas e conceitos jurídicos devam ser interpretados num dado contexto social e em determinado período histórico, elementos esses que podem alterar sobremaneira o resultado de um julgamento. O caráter dinâmico do direito e a multiplicidade da sociedade contemporânea precisam ser considerados na evolução da forma pela qual a Constituição é interpretada, havendo a necessidade, porém, de se estabelecer um procedimento seguro para as decisões a fim de evitar a arbitrariedade judicial.

Mas é certo que o argumento da tutela dos direitos fundamentais deve valer tanto para a proteção do indivíduo contra o Estado como também para proteção do indivíduo contra outros indivíduos. Assim, sob o aspecto criminal, é importante que a concepção do Estado seja ampliada para além do papel do órgão violador e da figura de inimigo do cidadão, colocando-se atualmente mais como um implementador dos direitos fundamentais de toda a coletividade e, nesta medida, como defensor da segurança e da saúde de todos os cidadãos, sem distinção.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz, op. Cit., p. 97.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em nov. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?” In: *Revistausp*, São Paulo, n. 21, mar/abr/mai 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 24 ed., 2009.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “O originalismo e a justiça constitucional substantiva”. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, ed. Fórum/IBEC, jul./set. 2007.

SCALIA, Antonin. Originalismo: O mal menor. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, ed. Fórum/IBEC, jul./set. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. “Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal”. In: *Direito Penal em Tempos de Crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 75-110.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política”. In: *Revista direito GV*, São Paulo, n.15, jan./jun. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça* (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. “Império da lei ou da corte?” In: *Revistausp*, São Paulo, n. 21, mar/abr/mai 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Ed. RT, 1995.