



Qualis C ISSN: 2178-2008

ARTIGO DE REVISÃO

Listas de conteúdos disponíveis em [DOAJ](#)

Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros



Consequencialismo jurídico e ativismo judicial no direito penal: proteção deficiente ao direito fundamental à segurança pública

Legal consequentialism and judicial activism in Criminal Law: deficient protection of the fundamental right to public safety

DOI: 10.5281/zenodo.10888829

Recebido: 28/01/2023 | Aceito: 25/03/2024 | Publicado on-line: 27/03/2024

Leandro Lara Moreira¹

<https://orcid.org/0000-0002-1903-541X>

<http://lattes.cnpq.br/5973411886743073>

UniProcessus – Centro Universitário Processus, DF, Brasil

E-mail: leandro.moreira@mpdft.mp.br



Resumo

O objetivo desse artigo, constituindo-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com métodos hipotético-dialético e dedutivo, utilizando a técnica de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, é debater o fenômeno do ativismo judicial em contexto de expansão de competência jurisdicional para além da materialização de direitos constitucionais individuais não implementados pelo legislador, em usurpação de competência dos demais poderes, em que a Corte Suprema atua como ator político em detrimento do jurídico. As decisões políticas na área penal, em regra, além da invasão de competência, não respeitam a teoria da decisão judicial em razão do viés ideológico predominante, não são consequencialistas sob o ponto de vista social e econômico, bem como laboram em desfavor do direito fundamental à segurança pública.

Palavras chaves: Ativismo judicial. Consequencialismo. Proteção deficiente. Criminalidade. Segurança pública.

Abstract

The aim of this article, which is a qualitative study using hypothetical-dialectical and deductive methods, using the technique of doctrinal, legislative and jurisprudential research, is to discuss the phenomenon of judicial activism in the context of the expansion of jurisdictional competence beyond the materialization of individual constitutional rights not implemented by the legislature, in usurpation of the competence of the other powers, in which the Supreme Court acts as a political actor to the detriment of the legal. Political decisions in the criminal area, as a rule, in addition to the invasion of jurisdiction, do not respect the theory of judicial decision-making due

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-graduado Lato Sensu em Direito, Estado e Constituição. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Penal. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano. Professor de Direito Penal na Uniprocesso. Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

to the predominant ideological bias, are not consequentialist from a social and economic point of view, and work to the detriment of the fundamental right to public safety.

Keywords: *Judicial activism. Consequentialism. Deficient protection. Criminality. Public security.*

Introdução

É inegável a expansão, destaque e protagonismo do Poder Judiciário nas “grandes democracias ocidentais”, fato que tem chamado a atenção de pesquisadores das ciências política, do estado e do direito que, sob perspectiva própria, tentam sistematizar e explicar o fenômeno e, principalmente, detectar prognósticos. No Brasil, a constitucionalização de diversos ramos do direito, a extensa lista de direitos e garantias, as ações constitucionais de controle de constitucionalidade e recepção de normas, além dos diversos princípios “coringa”, com força normativa calibrada pela Corte Suprema, tem permitido o deslocamento de poderes essencialmente políticos (do Executivo e Legislativo) para o Judiciário.

Muito embora no início da década de 90, ainda quando pairava no ar o fantasma de décadas de uma ditadura civil-militar, o Supremo Tribunal Federal tenha proferido julgamentos importantes, é somente no final da década de 90 e início do século XXI que, movidos por uma teoria constitucional, inspirada em teorias alienígenas, a mais alta Corte do país inicia uma nova trajetória e caminhada, assumindo um protagonismo na arena política.

Neste sentido, a interpretação da norma penal brasileira ostenta peculiaridades inexplicáveis à luz da teoria pura da hermenêutica jurídica em razão do influxo de valorações controversas dos bens jurídicos ponderados e politicamente orientadas por determinado viés progressista, perceptível pelas indicações majoritariamente realizadas por partidos políticos de um mesmo espectro político-ideológico.

Acompanhar e analisar o itinerário de atuação do Supremo Tribunal Federal é fundamental para se compreender a existência de um fortalecimento institucional, bem como para diagnosticar qual o papel adotado pela Corte em nossa ainda incipiente tradição democrática. De uma Corte Suprema que, não há muito tempo, clamava pela sua descoberta, tal como nos falou Aliomar Baleeiro², até uma Corte que, sem cerimônia, em dizeres recentes de atual ministro, atua como vanguarda iluminista de nossa sociedade³.

O objetivo dessa pesquisa é explorar a dinâmica, o itinerário utilizado pela Corte Suprema nos caminhos da politização bem como as consequências jurídicas das escolhas no âmbito penal. Por meio de um método jurídico-compreensivo, pretendemos, através dos julgamentos importantes proferidos do início do século XXI até a data atual, abordar o problema da politização em diferentes níveis e reflexões distintas.

Com um caráter interdisciplinar, dialogando, superficialmente, com a ciência política e a criminologia, a hipótese é a de que o Supremo Tribunal Federal, na esteira de uma politização, passou do ativismo para um populismo judicial, nominado de “supremocracia”, na qual se usurpa função dos poderes legislativos e executivo a pretexto de materializar direito fundamental dos presos, em detrimento do direito fundamental da sociedade à segurança pública. Isto é, pretende-se explorar o sentido

2 BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

3 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, número especial, 2015, p. 24-51.

político adotado nas decisões, em regra pró-crime, a despeito do direito fundamental à segurança pública.

Para tanto, em um primeiro momento, aborda-se o consequencialismo jurídico, em que se busca compreender a melhor relação custo-benefício entre as hipóteses possíveis de solução judicial e a efetividade social da medida. Após, em segundo momento, mostra-se como se deu o surgimento e evolução do ativismo judicial na passagem do positivismo jurídico ao neoconstitucionalismo, a reboque daquilo que ficou conhecido como teoria constitucional da efetividade, em que o Supremo Tribunal Federal assumiu um comportamento ativista no sentido de buscar a efetividade da Constituição de 1988.

Por fim, abordar-se-á o conceito de segurança pública como direito fundamental e como tem se dado sua proteção deficiente, diante da “política de desencarceramento” encabeçada pelo e. STF, em detrimento do incremento significativo dos índices de violência e sensação de insegurança.

Consequencialismo jurídico

O consequencialismo é entendido como uma teoria em que uma ação é considerada correta se ela produz um resultado que maximize determinado tipo de bem. Neste aspecto, “o bem é definido independentemente do correto e, então, o correto é definido como aquilo que maximiza o bem”⁴. Essa perspectiva é também compartilhada por Bernard Williams ao esclarecer que no caso central do consequencialismo “uma ação correta é absolutamente uma noção maximizadora”⁵. Essa ideia de consequencialismo expõe o elemento central deste tipo de teoria: a produção de resultados mensuráveis que possam ser avaliados de acordo com um critério específico.

Por outro lado, necessário fazer o enquadramento histórico e jurídico-dogmático do consequencialismo jurídico, que, sob aspecto particular de interpretação em que se analisa o discurso e prática jurídicos, no qual se adota novos critérios para aplicação do direito, com argumentos consequencialistas, em argumentação retórica, é orientado pelos vetores ideológico, organizacional e jurídico propriamente dito.

Quanto aos vetores constitutivos do consequencialismo, conforme exposto, são apontados por Mariana Pargendler e Bruno Salama o ideológico (progressismo), o organizacional (centralidade do poder judiciário) e o jurídico (modificação na técnica jurídica). Segundo os autores, cada um desses vetores atua autonomamente no sentido da cientificização no âmbito jurídico, “porque gera uma demanda por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequencialistas”⁶.

“Neste sentido, no quadro jurisdicional brasileiro, essa modificação é impulsionada por três fatores marcantes, a saber: (a) o triunfo da ideologia progressista, (b) a mudança organizacional do modelo estatal e (c) a transição de um modelo formalista e baseado em regras para um modelo aberto e baseado em princípios”⁷.

Em melhor análise individual dos vetores, do ponto de vista ideológico, Mariana Pargendler e Bruno Salama assinalam que no século XX o progressismo —herdeiro do racionalismo, do cientificismo e do positivismo — foi alçado “à condição de ideologia basilar do Estado contemporâneo”, que “clama para si a missão de ordenar

4 RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Estados Unidos da América: Harvard, 1971, p. 24.

5 SMART, J. J., WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism: for and against*. Reino Unido. Cambridge University, 1973, p. 85.

6 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 262, 2013 p. 99. 3 Ibidem, p. 99

7 Ibidem, p. 110.

e aperfeiçoar a sociedade — em síntese, o Estado regulatório”⁸. Nessa toada, por que não dizer um Estado iluminista, ao qual incumbe “empurrar história quando ela emperra”⁹?

Para os autores, esse modelo de Estado impactou o direito de duas formas: i) adensou a esfera da atuação jurídica ao incorporar temas antes não regulados legalmente, que “vão da discriminação no trabalho à proteção do meio ambiente, passando por regras de segurança e saúde pública, entre muitas outras”, levando à juridificação — “isto é, o disciplinamento em lei de regras nessas áreas”; e ii) promoveu a substituição do *government by law* pelo *government by policies*, em que o planejamento estatal assume o protagonismo, manifestando-se concretamente por meio das políticas públicas, que impõem ao jurista “o desafio de integrar meios jurídicos e fins normativos”¹⁰.

Com efeito, a juridificação levou os “profissionais do direito, inclusive os docentes e pesquisadores” a não só conhecer, mas, também, incorporar ao ramo do direito “temas da biologia, política e economia originalmente tidos como irrelevantes do ponto de vista jurídico”¹¹. É neste momento que o conhecimento científico sobre o mundo social passa a ser, por assim dizer, “demandado” pelos profissionais do direito. Abre-se, assim, um novo campo de atuação possível para o estudioso do direito, qual seja, o de empregar os métodos e conhecimentos produzidos pelas ciências sociais para prever os efeitos concretos de diferentes normas e regimes jurídicos¹².

Nesta linha de intelecção, ao avaliar as consequências de determinada alternativa, o julgador considera o impacto orçamentário causado, o possível retorno financeiro para a produtividade do setor, a geração de emprego, o aumento do consumo, sendo estes fatores quantificáveis economicamente. Avalia também a adequação dos resultados prováveis com a teleologia da norma — *ratio legis* e *legislatoris* — e com os valores mais próximos do núcleo da dignidade da pessoa humana. Em cada avaliação consequencialista, considera não apenas os efeitos imediatos, ou atinentes aos sujeitos processuais, mas também os efeitos sistêmicos, considerada a jurisprudência em termos globais¹³.

Do ponto de vista do vetor organizacional, ao lado do progressismo, outro vetor constitutivo do consequencialismo jurídico é o que decorre da “mudança organizacional do modelo estatal”, que arrastou o Poder Judiciário para o “centro do arranjo político”, conferindo-lhe papel “ativo na formulação da política pública”¹⁴, fenômeno de abrangência global, que marca a transição do século XX para o XXI, e foi conceituado por Han Hirschl como *juristocracia*, nos seguintes termos: “durante os últimos anos o mundo tem testemunhado uma transição impressionante rápida para o que pode ser chamado de juristocracia. Por todo o globo, em mais de oitenta países e em muitas entidades supranacionais, reformas constitucionais têm transferido uma quantidade inédita de poder de instituições representativas para os judiciários. Os países que têm abrigado esta expansão do poder judicial se estendem do Leste Europeu ao Canadá, da América Latina à África do Sul, e da Grã-Bretanha a Israel. [...] Cortes supremas e tribunais supranacionais têm se tornado corpos

8 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 262, 2013, p. 110.

9 BARROSO, Luís Roberto A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 42.

10 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 262, 2013, p. 112.

11 Ibidem, p. 113

12 Ibidem, p. 115.

13 MAGALHÃES, Andréa. Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 192-193

14 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 262, 2013, p. 119.

crescentemente importantes, cruciais mesmo, de tomada de decisões políticas. [...] Essa tendência rumo à juristocracia é possivelmente um dos acontecimentos mais significativos em matéria de governo do século XX e início do século XXI”¹⁵.

Em seu estudo, o objeto de análise inicial de Ran Hirschl recai sobre o que o autor chamou de “quatro revoluções constitucionais”, em que apresenta “um panorama dos novos arranjos constitucionais de Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul”, abordando como as constitucionalizações de direitos alargaram a revisão judicial nesses quatro países. Respectivamente, essas reformas ocorreram em 1982, 1990, 1992 e 1993-1996¹⁶.

Interessante notar que o Brasil não ficou fora da onda dessas revoluções constitucionais. A Constituição Cidadã — promulgada em 1988, contemporânea às reformas investigadas por Ran Hirschl — se enquadra, em larga escala, nas características essenciais do fenômeno investigado por ele (constitucionalização de amplo aspecto da vida social, via carta de direitos rígida, formal e prolixa; expansão da revisão judicial; transferência de poder das instituições representativas para o judiciário); entretanto, o caso brasileiro mantém certas particularidades, sendo uma delas, a de que a concentração de poderes nos tribunais foi intensificada, sendo isso um traço distintivo do caso brasileiro em relação ao fenômeno global¹⁷.

Se para o fenômeno global, Ran Hirschl cunhou a expressão juristocracia, para a exacerbação dele no arranjo institucional brasileiro, Oscar Vilhena Vieira cunhou a expressão supremocracia, em referência à “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”¹⁸. Entretanto, as duas expressões sintetizam o mesmo fenômeno: a concentração de poder político no judiciário e, mais especificamente, nas supremas cortes, alargando, dessa forma, o escopo da prestação jurisdicional ao incorporar e sopesar temas políticos — portanto, extrajurídicos, consequencialistas —, que antes passavam ao largo das decisões judiciais.

Por último, o terceiro vetor constitutivo do consequencialismo, o vetor dogmático tem a ver com a dogmática do direito propriamente dita: raciocínio lógico-dedutivo para a ponderação, das regras para os princípios e da constitucionalização do direito direito infraconstitucional¹⁹.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. aponta a “decidibilidade de conflitos como problema central da ciência dogmática do direito”. Para o autor, a ciência do direito se articula em três modelos dogmáticos: o primeiro, analítico, que sob a ótica da teoria da norma “encara a decidibilidade como relação hipotética entre conflito e decisão”, em que ciência do direito se expressa como “sistematização de regras para obtenção de decisões possíveis”; o segundo, hermenêutico, que sob a ótica da teoria da interpretação “vê a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa”, em que a ciência do direito se expressa como “atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano”; e o terceiro, empírico, que sob a ótica da teoria da decisão “encara a decidibilidade como busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético”²⁰.

15 HIRSCHL, Ran. Rumo à juristocracia – as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. 1 ed. Londrina: Editora E.D.A, 2020, p. 29.

16 Ibidem, p. 43.

17 ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 250, 2009, p. 10.

18 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV [online], v. 4, n. 2, 2008, p. 444. 24 Ibidem, p. 445.

19 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 262, 2013, p. 117.

20 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 61.

Em que pese o sistema jurídico ser aberto, permeável a elementos externos, ele próprio deve estabelecer limites à construção da norma pelo intérprete-decisor, “visando a imprimir maior racionalidade e possibilidade de controle intersubjetivo ao processo que resulta numa decisão jurídica”²¹.

Nesse sentido, pode-se dizer que na atualidade ganha relevo uma nova forma de racionalizar a decisão jurídica, mediante suplantação do raciocínio subsuntivo por outro tipo de raciocínio que agora exige, sob a ótica da ponderação principiológica, “uma nova maneira de lidar com os fundamentos da decisão com vistas à sua repercussão futura”, alterando o modo de tratamento dogmático dos princípios, de princípio com fundamento para princípio como argumento, de carácter prospectivo²².

Nos Estados Unidos verificam-se decisões consequencialistas desde há muito. Em *Müller vs Oregon*²³, julgado em 1908, pela Suprema Corte norte-americana, Louis D. Brandeis apresentou memorial que possuía apenas duas páginas com conteúdo jurídico e cento e dez outras páginas voltadas para as consequências da longa duração do trabalho em relação à mulher²⁴. No caso *Webster vs Reproductive Health Services*²⁵, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1989, vinte e cinco senadores, cento e quinze deputados, duzentos e oitenta e um historiadores, oitocentos e oitenta e cinco professores de direito e outros tantos grupos e interessados apresentaram considerações²⁶. Esses casos, em comum, significam a grande importância do debate em relação a questões fáticas, ainda que uma questão constitucional esteja sob análise.

Por sua vez, no contexto de implementação de políticas públicas, os juristas tiveram que “apelar a uma ferramenta descritiva do mundo”, uma vez que, no cotejamento entre meios jurídicos e fins normativos, era insuficiente “interpretar a lei” e “recorrer a intuições de justiça”²⁷.

É neste momento que o conhecimento científico sobre o mundo social passa a ser, por assim dizer, “demandado” pelos profissionais do direito. Abre-se, assim, um novo campo de atuação possível para o estudioso do direito, qual seja, o de empregar os métodos e conhecimentos produzidos pelas ciências sociais para prever os efeitos concretos de diferentes normas e regimes jurídicos²⁸.

No Brasil, ao contrário do que se vê por ora, nas “grandes democracias ocidentais”, excluídas as “falsas democracias”, como Venezuela e Nicarágua, as decisões das cortes supremas são baseadas, muitas vezes, em dados e informações não encartados nos autos, produzidos por entidades financiadas com nítido interesse institucional, não raro contrário aos interesses da maioria da população. No caso brasileiro, o STF decide muitas vezes monocraticamente, embora tais decisões sejam posteriormente referendadas, têm sido uma praxe que fragiliza a importância dos mais de 580 congressistas.

21 ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 75.

22 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Consequencialismo no Poder Judiciário. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 128-129.

23 EUA. Suprema Corte, *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908)

24 MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 221.

25 EUA. Suprema Corte, *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

26 DWORKIN, Ronald. direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 68-69.

27 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 262, 2013, p. 114.

28 Ibidem, p. 114-115.

Ativismo judicial no Direito Penal

É sabido que o ativismo judicial originou-se após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial (que durou de 1939 a 1945), ante a insuficiência protetiva dos direitos humanos pelo positivismo.²⁹

Isso porque antes de 1945 vigorava na Europa o princípio da supremacia do Poder Legislativo — que podia alterar a realidade fática através da criação de novas leis —, ao passo que no final da década de 40 consagrou-se a supremacia da Constituição (inspirada pela doutrina norte-americana), cabendo a proteção dos direitos fundamentais ao Poder Judiciário por se tratar do órgão responsável pela guarda da Lei Maior³⁰. Ou seja, tendo em vista que as leis são fruto das maiores políticas ocasionais, reconheceu-se a necessidade de se respeitar a supremacia da Constituição (sobretudo os valores contidos na Carta Magna), fazendo surgir o neoconstitucionalismo³¹.

A terminologia "ativismo judicial" é empregada pela doutrina em vários sentidos e com diferentes aspectos valorativos, mas que pode ser definida como a função jurisdicional exercida além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, o que gerará, neste aspecto, uma carga valorativa negativa. Em outras palavras, seria a substituição da decisão legislativa ou administrativa pela decisão judicial, transformando os juízes em protagonistas do jogo democrático³².

Tal fenômeno ocorre quando magistrados, no afã de efetivar algum princípio “coringa”, findam por determinar políticas públicas a órgãos estatais, adotando medidas reservadas ao Poder Legislativo, acolhendo pedidos que instituem despesas públicas sem previsão legal e, inacreditavelmente, até “criando” crimes por meio de decisões judiciais, como se deu na criminalização da homofobia como racismo, ao argumento de atender omissão legislativa, rompendo com o princípio da reserva legal, garantia fundamental do art. 5º, XXXIX, da Carta Magna, em nítida aplicação de analogia, instituto não admitido para tanto pela unanimidade dos doutrinadores.

Por outro lado, sabe-se que o positivismo jurídico clássico busca o isolamento do direito, tratando-o como um sistema autônomo, não relacionado à política ou à moral. A base da sua teoria foi construída em torno da norma³³. O direito se apresenta, portanto, como um sistema normativo, no qual importam critérios de pertencimento ao sistema, ou seja, noções de jurídico ou não-jurídico.

O positivismo moderno, segundo entende Luiz Roberto Barroso³⁴, se inspira na “(...) revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura da Constituição e das leis não completamente destacadas da moral, mas sem recorrer as categorias metafísicas”. Dentre as características desse sistema podemos mencionar a inclusão dos valores no processo de interpretação jurídica, o reconhecimento da normatividade dos princípios e sua diferença qualitativa com as regras, a formação de uma nova hermenêutica argumentativa, o

29 FREITAS, Vladimir Passos de. *Ativismo judicial: afinal, do que se trata?* Revista CONJUR – Consultor Jurídico. Publicado em 12-12-2021. Acesso em 12-03-2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata/>

30 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 263

31 Segundo Barroso, a expressão “neoconstitucionalismo” traduz-se no novo constitucionalismo democrático, fruto do pós-guerra, desenvolvido a partir de uma cultura filosófica pós-positivista, caracterizado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 266).

32 LUSTOZA, Helton Kramer. *Ativismo judicial: Judiciário não pode se desviar de sua verdadeira finalidade*. Opinião. Publicado em 17-07-2020. Acesso em 13-03-2024. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/helton-kramer-existe-limite-ativismo-judicial?imprimir=1>

33 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pg. 269.

34 *Ibidem*, pg. 280-284.

desenvolvimento de uma teoria do direito fundada na dignidade da pessoa humana, de forma a promover a reaproximação do direito com a ética.

A evolução do positivismo clássico ao pós-positivismo possibilitou a mudança de paradigmas interpretativos, em suma, partindo da definição trazida por Luís Roberto Barroso, podemos identificar o neoconstitucionalismo como sendo um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado de Direito e no Direito Constitucional, em meio aos quais podem ser assinalados: “(...) i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”³⁵.

Humberto Ávila considera o neoconstitucionalismo como um dos movimentos de teorização e aplicação do direito Constitucional mais visíveis no Brasil nos últimos anos. Explica que apesar de não ser possível esboçar teoria única do neoconstitucionalismo, é possível apontar algumas mudanças fundamentais que este movimento trouxe, entre elas: “mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, uma análise mais particular e concreta do que geral e abstrata, mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo e Executivo, maior aplicação da Constituição do que da Lei”³⁶.

Utilizando este ferramental teórico, em que o ativismo judicial é o neoconstitucionalismo em ação, em decisões que se valorizam mais princípios que regras, utilizando-se dos instrumentos previstos na CF, como ações para controle de constitucionalidade ou às vezes em ações autônomas de impugnação ou até mesmo em recursos *lato sensu*, centralizando poder (invadindo competência) e desprezando, em muitos julgados, a realidade posta, a interpretação constitucional dada às normas penais pela Suprema Corte não ultrapassa obstáculos básicos do que se almeja como consequencialismo jurídico, em análise dogmática ou empírica.

Veja-se, dentre as dezenas de decisões ativistas (em que se percebe nítida invasão de competência constitucional de outro Poder), enumera-se algumas, para fins de ilustrar a linha de raciocínio deste breve artigo.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVIII, determina criminalizar (trata-se de mandado constitucional de criminalização) os crimes hediondos e equiparados de modo diverso aos crimes comuns. Em cumprimento a tal mandamento, o Congresso Nacional editou a Lei 8.072/90, a qual previa em seu art. 2º, §1º, que a pena prevista para os crimes hediondos seria cumprida em regime integralmente fechado.

Até 2006, a jurisprudência do STF admitia o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para crimes hediondos, inclusive excepcionava a previsão legal que autorizava a progressão de regime para crimes de tortura, benesse criada pela Lei 9.455/97, por óbvio posterior à Lei 8.072/90 e mais benéfica, mas afastou-se, à época, a revogação da previsão mais gravosa da Lei de Crimes Hediondos pela novel legislação sobre tortura. Ou seja, admitia-se a progressão de regime do fechado para semiaberto aos condenados por tortura, classificado como crime hediondo, mas

35 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

36 ÁVILA, Humberto. Revista Eletrônica de Direito do Estado, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009.

negava-se o direito à progressão para os outros crimes também hediondos, estes previstos na Lei 8.072/90 com fixação de regime integralmente fechado.

A decisão de julgar inconstitucional o cumprimento da pena em regime integralmente fechado se deu no Habeas Corpus (HC) 82.959-7/SP³⁷(ação autônoma de impugnação, sem efeitos *erga omnes* e vinculante), em um caso de condenado por estupro, em que se fundamentou a decisão basicamente em princípio (individualização da pena). O voto preferido neste julgamento, em decisão unânime, foi reproduzido em outras manifestações anteriores do Min. Marco Aurélio (HC 69.657-1/SP e HC 76.371-0/SP) que, à época, foram afastadas pelo plenário da Suprema Corte, em argumentação diametralmente oposta, ou seja, validou-se a vontade do legislador em cumprimento ao mandamento constitucional. Como razão de decidir, após rejeitar os mesmos fundamentos em outros julgados, *quid juris*: o que mudou na realidade para ensejar tamanha mudança de orientação, em que se admitia o cumprimento integral em regime fechado para, após 16 anos de vigência e eficácia, subitamente, sem menção aos dados empíricos, decidir em sentido oposto?

Como consequência jurídica, ao julgar inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, a progressão de pena dos crimes hediondos ficou equiparada aos crimes comuns, ou seja, autorizou a progressão, antes vedada, em percentual de 1/6 da pena. Assim, cumprido tal percentual, progredia-se do regime fechado ao semiaberto e assim sucessivamente. Para cumprir o mandado constitucional de tratamento diferenciado aos crimes hediondos, o Congresso Nacional editou a Lei 11.464/2007, fixando a exigência de cumprimento de 2/5 e 3/5 da pena para progressão de regime, para primário e reincidentes, respectivamente, bem como fixou o regime *inicialmente* fechado para início do cumprimento da pena, em caso de condenação por crime hediondos ou equiparados.

Ocorre que, em 2012, no Habeas Corpus 111.840/ES³⁸, julgou-se também inconstitucional a previsão de regime *inicialmente* fechado como o único admissível para crimes hediondos e equiparados, com a mesma linha de raciocínio de outrora, ou seja, fundamentado no princípio da individualização da pena. Reconheceu-se a possibilidade fixar qualquer dos regimes possíveis, inclusive aberto, para condenações por crimes hediondos.

Em 2006 sobreveio nova lei sobre drogas, em que se previu que, no crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, qual seja, tráfico de drogas, as penas poderiam ser reduzidas de 1/6 a 2/3, *vedada a conversão em pena restritiva de direitos*, desde que o condenado fosse primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Novamente, em decisão no Habeas Corpus 97.256/RS³⁹, o STF entendeu, lastreado no princípio da individualização da pena, que não se poderia vedar a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e julgou inconstitucional aquela parte do artigo. Autorizado estava, em caso de condenação por tráfico privilegiado, não apenas iniciar a pena em regime prisional aberto, como também ter a pena convertida em restritiva de direitos. Admitiu-se como sanção penal para crime hediondo, o pagamento de cesta básica ou prestação de serviço à comunidade.

Por último, em decisão no Habeas Corpus 118.533/MS⁴⁰, o STF alterou a classificação do crime de tráfico, ou seja, ao retirar a característica de crime hediondo,

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82.959/SP. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 23 fev. 2006.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 111.840/ES. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 14 junho. 2012.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 97.256/RS. Primeira Turma. Relator Min. Ayres Brito. Julgado em 1º set. 2010.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 118.533/MS. Tribunal Pleno. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23 jun. 2016.

afastando a incidência da Lei 8.072/90, permitiu-se a progressão dos regimes prisionais em percentuais menores. À época, exigia-se 2/5 e 3/5 para primários e reincidentes, respectivamente para progressão do regime fechado para semiaberto e assim sucessivamente. Após tal julgado, classificando o crime de tráfico privilegiado como crime comum, o percentual exigido por lei caiu na vala comum a todos os crimes, qual seja, 1/6, atualmente 16%. Ademais, após este julgado, também com consequência jurídica da alteração de crime hediondo para crime comum, passou-se a admitir a concessão de indulto para tais crimes.

Em outra decisão ativista, o conceito jurídico de início da vida foi alterado. O abortamento está tipificado nos arts. 124 a 126 do Código Penal. A literalidade dos referidos dispositivos sancionam quem provoca aborto em si, quem consente que outro lho provoque e quem pratica o aborto, com ou sem o consentimento da gestante. Ocorre que, no Habeas Corpus 124.306/RJ⁴¹, o STF concedeu a ordem, para afastar do âmbito de incidência da norma penal, a interrupção da gravidez efetivada no primeiro trimestre, ao argumento de ofensa a direitos sexuais e reprodutivos da mulher, da sua autonomia, as suas escolhas existenciais, à integridade física e psíquica da gestante. Portanto, embora pendente de julgamento a ADPF 442, o STF descriminalizou o aborto quando realizado até as primeiras 12 semanas.

Por último, em frontal violação de garantia fundamental, o STF, por meio de decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, em julgamento conjunto com Mandado de Injunção (MI) 4733, criou crimes por meio de decisão judicial. Interessante pontuar que o Partido Popular Socialista, autor da ADO 26, não requereu em sua petição inicial a criminalização das condutas pelo STF. Requereu apenas que o Congresso Nacional fosse declarado em mora inconstitucional e, cumulativamente, fosse fixado prazo razoável para a aprovação da legislação criminalizadora para todas as formas de homofobia e transfobia.

É de se pontuar que a CF, em seu artigo 5º, XXXIX, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se de direito humano, cláusula pétrea, garantia fundamental e instrumento de proteção do indivíduo frente a atuação do Estado. Embora se verifique que a decisão proferida para criminalizar a homofobia e transfobia fundamenta-se na “injustificável inércia do poder público”, não existe mandado constitucional de criminalização para tais condutas. A interpretação dos incisos XLI e XLII não aponta para tal caminho, o que, por certo, não permitiria que o STF legislasse. Ademais, nos termos da própria Carta Magna e legislação correlata, apenas lei pode ser origem formal de crime.

As decisões acima referenciadas demonstram que há um alinhamento ideológico dos ministros e, em diversos casos, nos seus votos e decisões, têm feito uso de investigações empíricas, algumas vezes citando as fontes, outras vezes sem declinar a origem, sequer os julgadores têm apresentado as mesmas no último momento processual, o decisório, sem que os envolvidos antes pudessem debater sobre as informações desses estudos⁴².

É certo apontar, como hipótese, que o Supremo Tribunal Federal, na esteira de uma politização, passou do ativismo para um populismo judicial. Conscientes de que o populismo judicial vem sendo pouco abordado nas pesquisas jurídicas, valemo-nos

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 124.306/RJ. Primeira Turma. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em 17 mar. 2017.

42 BACHA E SILVA, Diogo, VIEIRA, José Ribas, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Politização do Supremo Tribunal Federal nos 30 (trinta) anos da Constituição de 1988: o esquecimento das vias representativas e a politização da justiça. In: LEITE, Glauco Salomão, SANTOS, Gustavo Ferreira, TEIXEIRA, João Paulo Allain, ARAÚJO, Marcelo Labanca Correa (orgs.). 30 anos da Constituição brasileira: balanço crítico e desafios à (re) constitucionalização Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

da ciência política para enfrentar uma faceta do complexo e intricado fenômeno da politização do Judiciário⁴³.

Segurança pública como direito fundamental

A sociedade sempre possuiu um conjunto de normas para a sua organização, disciplina e exercício do poder, destinado à paz social. O direito fundamental à segurança pública sempre esteve presente na história da humanidade, tanto nas fases de tribos, cidades, impérios, reinos e sociedade como no Estado moderno, pelo fornecimento de proteção ao povo para a garantia da paz e tranquilidade da convivência social, especialmente o direito de propriedade e da incolumidade pessoal, por meio da atuação da polícia ou guarda similar. O poder político deteve e detém uma instituição organizada e armada para a imposição da obrigação de obediência às normas pelo indivíduo, prevenção e repressão ao crime e conservação da ordem pública, por meio da violência legal, sob a égide do direito peculiar de cada época⁴⁴.

Nas chamadas ondas ou gerações de direitos, a segurança pública sempre aparece com destaque. Em geral, consideram como primeira geração os direitos individuais e da liberdade; como segunda geração, os direitos sociais e da igualdade; como de terceira geração, os direitos dos povos e da solidariedade; como de quarta geração, os direitos à vida numa dimensão planetária ou universal⁴⁵.

Na primeira geração de direitos, apareceram os direitos da liberdade, igualdade, segurança, propriedade, direito de voto e direitos individuais. O direito à segurança pública aparece expressamente nos principais documentos normativos caracterizadores da época, tais como na Declaração de Virgínia (1776) e na Declaração dos Direitos do Homem (1789). Nos direitos de terceira geração, surgem os direitos dos povos (paz, autodeterminação e desenvolvimento) e a segurança pública é decorrência natural da busca da paz e da proteção da vida, liberdade e segurança pessoal⁴⁶.

Na sua dimensão atual, o direito à segurança pública tem previsão expressa na Constituição Federal (preâmbulo, artigos 5º, 6º e 144) e decorre do Estado Democrático de Direito (cidadania e dignidade da pessoa humana, artigo 1º, incisos II e III) e dos objetivos fundamentais da república (sociedade livre, justa e solidária e bem de todos, artigo 3º, I e IV). A segurança pública é considerada dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinada à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (artigo 144, *caput*) que implicam num meio de garantia da inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade⁴⁷.

O termo “segurança” constante no preâmbulo e dos artigos 5º, *caput*, e 6º da Constituição, deve ser interpretado como relativo ao direito fundamental à segurança pública, predominantemente de caráter difuso, que visa a tutelar a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, componente importante para a proteção da dignidade da pessoa humana e exercício dos direitos

43 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA. Judicialização da política, jurisprudencialismo processual penal e ativismo com sinal trocado: o Supremo Tribunal Federal e a crise política. In: RIBAS, José Ribas, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, ANDRADE, Mário César (orgs.) *O direito e as instabilidades políticas: experiências, desafios e perspectivas* Belo Horizonte: Forum, 2016.

44 LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000, pg. 77.

45 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, pg. 102.

46 SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública. Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2ª ed. São Paulo. Verbatim, 2013, pg. 80.

47 *Ibidem*, pg. 84.

sociais e individuais, a liberdade, a segurança e bem-estar, preservação da harmonia social e solução pacífica das controvérsias⁴⁸.

A eficácia da norma em relação à eficiência da segurança pública é plena, não limitada como poderia parecer da previsão do texto constitucional de que “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades” (artigo 144, §7º). Não é suficiente para a diminuição da exigibilidade e rotulagem como mera norma programática e dependente de legislação infraconstitucional, tendo em vista que os órgãos policiais foram organizados e estão em funcionamento há muito tempo⁴⁹.

Por outro lado, dúvidas podem surgir a respeito da classificação da segurança pública como sendo verdadeiro direito humano. Todavia, é possível cravar, sim, que a segurança pública, lida como proteção por parte do Estado à integridade da pessoa humana, aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais de todo ser humano, pertence ao rol dos Direitos Humanos⁵⁰.

Os instrumentos internacionais de garantias de direitos não falam, especificamente, em direito à segurança pública. Todavia, a interpretação de diferentes diplomas leva à conclusão da existência do dever do Estado em garantir a segurança das pessoas. Assim é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 3º, estabelece que “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, em artigo 1º, dita que “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade, e à segurança de sua pessoa” e, por fim, o artigo 9º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que prevê que “Todo indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa⁵¹”.

A declaração Americana de Direitos Humanos, em diversos outros pontos, prevê destaque para a segurança pública, como circunstância a temperar os demais Direitos Humanos, o que pode ser visualizado nos artigos 12, 3; 13, 2, b); 15; 16, 2; e 22, 3. Por fim, o art. 32, 2 do Pacto, ao tratar dos deveres do cidadão, define que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”.

Há ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, que em seu artigo 7º prescreve que “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”. Não há dúvida, portanto, que os instrumentos internacionais apontam para o direito do indivíduo de ver garantida, pelo Estado, sua integridade. Além disso, o artigo 1º da Convenção Americana estabelece que “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição⁵²”.

Assim, uma análise um pouco mais acurada revela que a segurança pública inclui-se entre os direitos e liberdade básicas, inatos a todos os seres humanos, não apenas diante de uma análise formal-positivista, mas também por se afigurar

48 Ibidem, pg. 85.

49 Ibidem, pg. 86.

50 FREITAS, Vladimir Passos de e GARCIA, Fernando Murilo Costa. **Segurança Pública**. 1 ed. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2016, pg. 60.

51 FREITAS, Vladimir Passos de e GARCIA, Fernando Murilo Costa. **Segurança Pública**. 1 ed. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2016, pg. 147.

52 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instruments/sanjose.htm>>. Acesso em 23/03/2024.

antecedente lógico e necessário - “conditio sine qua non” - ao usufruto e garantia dos Direitos Humanos mais elementares, tais quais a vida, a liberdade e a incolumidade física⁵³.

Proteção deficiente e proibição de insuficiência da garantia à Segurança Pública

Segundo Filocre, a segurança pública é a manutenção da ordem pública, constituindo um conjunto de ações preventivas e reativas, de natureza pública que, em resposta ao fenômeno da criminalidade, volta-se ao alcance ou à manutenção da ordem pública e que tem como fim último proporcionar aos indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico da liberdade, garantidas a segurança jurídica – proteção contra repressão autoritária do Estado – e a segurança material – proteção contra agressões de todo tipo⁵⁴.

Sob o aspecto da criminalidade, a ordem pública é a manutenção dos índices criminais em uma zona definida pelas condições socioeconômicas de determinada sociedade, que pode ser alterada ao longo do tempo. Segurança pública, nesse contexto, é a operação estatal de mecanismos reguladores da sociedade, notadamente a norma jurídico-política, englobando o Estado e seus órgãos, a sociedade organizada e os indivíduos, em um sistema autolimitador, autorregulador e autoperpetuador. No âmbito estatal, o arranjo institucional da segurança pública é dividido em subsistemas: policial, judicial e prisional, cada um com características próprias, divisão de trabalho e complementaridade das funções⁵⁵.

Por outro lado, mister mencionar o reconhecimento destes conceitos que, em 1994, no Relatório sobre Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, a segurança humana “significa, em primeiro lugar, segurança contra ameaças crônicas como a fome, a doença, a criminalidade e a repressão. E, em segundo lugar, significa proteção contra perturbações súbitas e dolorosas nos padrões de vida diária, em casa, no emprego, em comunidade e no ambiente que nos circunda”⁵⁶.

Precisam ser afastadas as noções de que ordem seria a completa ausência de criminalidade e paz social. Em primeiro lugar, porque as modernas teorias da criminologia estabelecem que o crime é um fenômeno normal na sociedade. A criminalidade é natural à vida urbana, regulável, previsível e sistematizável, e não um evento desviante e excepcional. Em segundo lugar, porque a democracia é um projeto histórico aberto e conflituoso, de forma que a aceitação dos riscos na sociedade é necessária e contribui para o aperfeiçoamento das regras e instituições sociais. Portanto, a ordem é atingida com a estabilização da criminalidade em níveis compatíveis com a sociedade sob análise⁵⁷.

Pode-se apresentar ainda uma diferenciação conceitual entre a dimensão objetiva e subjetiva da segurança. A primeira é o risco real, calculado, da ocorrência do crime; a segunda é a sensação de segurança dos membros da comunidade de serem vitimados por crimes, não necessariamente correspondendo ao número real de crimes praticados⁵⁸.

53 FREITAS, Vladimir Passos de e GARCIA, Fernando Murilo Costa. **Segurança Pública**. 1 ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, pg. 63.

54 FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito e Segurança Pública: limites jurídicos para políticas de segurança pública**. Coimbra. Almedina. 2010. pg. 13.

55 SIQUEIRA, Lia de Souza. **Segurança Pública e Ministério Público. Judicialização e participação social para a prevenção do crime**. ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2017, pgs. 13/14.

56 FREITAS, Vladimir Passos de e GARCIA, Fernando Murilo Costa. **Segurança Pública**. 1 ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, pg. 147.

57 PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **A violência multifacetada – estudos sobre a violência e a segurança pública**. Ed Del Rey. Belo Horizonte. 2003, pg. 42.

58 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre,

Na gestão da segurança, ambas as dimensões são relevantes, de forma que devem ser adotadas ações no sentido de tornar a sociedade mais segura, assim como fazer com que a comunidade efetivamente se sinta em segurança, como decorrência do dever do Estado de informar e de esclarecer a população quanto a perigos exagerados ou imaginários.

A segurança também deve observar o princípio da legalidade, pois a contenção da criminalidade só é socialmente legítima se forem respeitadas a Constituição e as leis. A segurança importa limitação de direitos fundamentais, principalmente da liberdade, justificável apenas em situações excepcionais e para garantir outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados. Portanto, direitos sem caráter de fundamentalidade não podem ser utilizados como pretexto para limitar direitos fundamentais apenas com a alegação de que isso seria necessário para fins coletivos⁵⁹.

Esta linha de raciocínio, no que concerne à proibição de insuficiência, além de limites, impõe tarefas legislativas e operacionais que o Estado deve cumprir para garantir a plena realização dos direitos fundamentais. A vedação de insuficiência determina a adoção de medidas, enfatizando o Estado como garante de direitos fundamentais, enquanto que a proibição de excesso funciona como critério de verificação da correção de ações que já foram adotadas e mecanismo de defesa do indivíduo em face do Poder Público⁶⁰.

A proibição da insuficiência na esfera criminal é de extrema importância, pois já não se pode falar de um Estado guardião exclusivamente das liberdades negativas, possuindo também o papel de proteger a sociedade contra o arbítrio de terceiros. Assim, o Estado não é obrigado a proteger os direitos somente de forma negativa (defesa do acusado em face da persecução penal), mas também positiva (prestações), especialmente em um sistema em que há monopólio estatal para aplicação da sanção⁶¹. A vedação da insuficiência ainda pode ser exemplificada com os mandados constitucionais de criminalização, os quais evidenciam a possibilidade de restrição de direitos de um indivíduo para resguardar o direito subjetivo de outro.

Ademais, é importante assentar que a proteção de direitos fundamentais, por meio de políticas de segurança pública, é exigida constitucionalmente como decorrência do dever estatal de elaborar projetos de proteção, no sentido de um conjunto de ações voltadas para garantir o exercício de direitos, mesmo diante de ofensas provenientes de particulares, englobando medidas de caráter preventivo e repressivo⁶².

Por óbvio, o sistema de segurança pública não é encargo ou responsabilidade apenas do Poder Judiciário. Todavia, o juiz que, a pretexto de exercício da jurisdição, usurpa de competência de outro poderes, dever-se-ia fazer análise conglobada das variáveis analisadas para, após, realinhar os esforços das forças públicas tendentes a melhor instrumentalizar e otimizar as soluções para os problemas afetos à segurança pública⁶³.

Ao contrário, nas últimas décadas, das decisões das cortes superiores, em especial o e. STF, percebe-se que, em análise global, a leniência do Poder Judiciário

2010, pg. 68.

59 OLIVEIRA, José Ferreira de. **A manutenção da Ordem Pública em Democracia**. Lisboa. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2015, pg. 41.

60 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, pg. 65.

61 GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição de proteção deficiente**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 61, maio-out. 2008, pg. 103.

62 Idem, *ibidem*, pg. 109.

63

com o crime é marca registrada no Brasil, a pretexto de um falso “encarceramento em massa”, apontado como problema a ser solucionado, jurisprudencialmente, negando a realidade social de criminalidade crescente. A soltura de criminosos é tratada como política pública primordial, que culminou com a criação da audiência de custódia por meio de resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), após decisão do STF.

Por outro lado, há países em que a resposta do sistema criminal para conferir maior rapidez e eficiência ao controle da criminalidade foi resultado de um Direito Penal mais flexível em relação às garantias individuais. Expressam essa tendência, concepções como a de direito penal do inimigo, direito penal do risco e direito penal simbólico. Nesse sentido, Hassamer⁶⁴ cuidou do que ele denominou Direito Penal da Segurança, afirmando que o sistema penal vem evoluindo no sentido da prevenção de perigos para garantia da segurança, tendo como paradigmas a recuperação de criminosos, a intimidação das demais pessoas e a asseguuração da confiança na norma. Entretanto, o autor defendeu que o Direito Penal, apesar de refletir o momento histórico, não deve abandonar as garantias dos indivíduos, especialmente se o punitivismo exacerbado for usado para substituir políticas de segurança pública eficiente.

Em sentido oposto à teoria de tolerância zero, programa adotado em diversos países, é correto afirmar que o Poder Judiciário de cúpula negligencia os números sobre a prática de crimes no Brasil quando decide em favor da redução de âmbito de incidência da repressão penal. Neste sentido, necessário pontuar que, como um dos efeitos esperados da imposição de pena, em sua função preventiva, a execução do programa de prevenção especial ocorre em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: por um lado, a prevenção especial negativa de neutralização (ou inocuidade) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou ressocialização) do condenado, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos e assistentes sociais dentre outros⁶⁵.

Em reforço de argumentação, é necessário pontuar que o índice de reincidência no Brasil é superior a 70%, em pesquisas passadas e de 38,5% em dados atualizados constante de pesquisa realizada em 13 Estados⁶⁶, segundo o Relatório Criminal do Brasil, produzindo pelo Departamento Penitenciário Nacional.

Imprescindível pontuar que, em pesquisa realizada pelo Datafolha e Crisp/UFGM⁶⁷, constatou-se que apenas 20% do total de brasileiros que foram vítimas dos crimes, pesquisados no ano anterior à pesquisa, se dispuseram a reportar o fato à polícia, ou seja, uma subnotificação de 80%, variando a depender do crime (roubos e furtos de veículos tiveram percentuais maiores em razão da necessidade de recebimento de seguro), mas ainda assim com subnotificação superior a 60%. Dentre os crimes notificados, 62% os autores não foram identificados. As taxas de não identificação sobem para 91% dos roubos e 85% dos furtos de objetos.

Em 2023, foram praticados 40.464 homicídios, 74.930 estupros, 147.984 roubos de veículo, 42.457 roubos a estabelecimentos comerciais, 225.241 furtos de veículos, 508.335 roubos de celulares, 490.888 furto de celulares, 1.819.409 estelionatos, 200.322 estelionatos por meio eletrônico, 158.863 tráficos de

64 HASSEMER, Winfred. **Sobre a arquitetura de um Direito Penal da Segurança**. Revista de Direito Público. Londrina, n. 14, out-nov. 2006, pg. 73-79.

65 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed.rev./ampl. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pg. 427.

66 Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>> Acesso em 25.mar.2024

67 Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em 23.mar.2024.

entorpecentes e 11.153 injúrias raciais⁶⁸. Por fim, entre 2011 e 2021, foram 616.095 homicídios. Ademais, reitere-se, tais números são subestimados e, por óbvio, a situação da segurança pública no Brasil está em patamares piores que o constatado e demonstram, friamente, as razões da sensação de insegurança em que vive a maioria dos brasileiros, em especial, no Distrito Federal. Neste ínterim, a pergunta que os eminentes ministros do STF deveriam responder antes de abraçar política criminal pró-crime: a soltura de criminosos favorece a efetivação do direito à segurança pública?

Diante contexto social de aumento exponencial da criminalidade, não se pode olvidar as causas, que Chesnais⁶⁹ relaciona, dentre outros, à explosão demográfica, à decadência da Igreja Católica como meio de influência, a fatores culturais como a discriminação racial, à globalização facilitadora das atividades ilegais, à influência, como meio de poder das mídias que impõe conceitos, principalmente aos jovens, que não condizem com o respeito à Instituição da Família, à democracia e à cidadania, além de legitimar a corrupção política mostrando-se favorável a esse ou aquele partido conforme interesses econômicos e sociais.

O STF, no exercício da atividade jurisdicional, deveria buscar legitimidade argumentativa e fundamentos de suas decisões principiológicas em dados concretos, demonstráveis finalística e empiricamente. Por certo que a própria posição institucional do Poder Judiciário e a forma como se relacionam os poderes é medida importante para delinear a autoridade e a legitimidade das decisões. Todavia, imprescindível ouvir as ruas, ponderar os efeitos sociais do afrouxamento na incidência da lei penal, sem mencionar, por não ser objeto deste breve estudo, as milhares de chicanas processuais que são admitidas na criminalidade de colarinho branco, outro foco de injustiças e desigualdade na aplicação da lei no Brasil.

Considerações Finais

A interpretação das leis e da constituição não deveria dar azo à invasão de competências dos Poderes Legislativo e Executivo, exceto, “verbi gratia”, aos respectivos instrumentos constitucionais para efetivação estrita de garantias fundamentais, como mandado de injunção e ações diretas de inconstitucionalidades por omissão, após instado o Congresso Nacional e quedado silente, conforme previsão legal.

O ativismo judicial se revela por diferentes dimensões (interpretação legal e constitucional criativas; autoexpansão de poder decisório sem amparo em fatos; avanço de direitos indeterminados; falta de deferência aos outros poderes; assunção de determinada ideologia política) e tem sido um dos piores instrumentos de aniquilação de direitos, como a igualdade e liberdade, promovendo a substituição do *government by law* pelo *government by policies*.

Este *government by policies* é o que se constata das razões expostas como fundamentos dos julgamentos dos HCs nº 82.959-7/SP, nº 111.840/ES e nº 118.533/MS, em que se entenderam inconstitucionais, respectivamente, o cumprimento em regime integralmente fechado para condenado por crime hediondo ou equiparado; posteriormente, a fixação do regime inicialmente fechado para cumprimento de pena e, por fim, a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para crimes hediondos.

68 Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>. Acesso em 23.mar.2024.

69 CHESNAIS, Jean Claude. A violência no Brasil: causas e recomendações políticas para a sua prevenção. In: Ciências e Saúde Coletiva. 4 (1):55-69, 1999.

A individualização da pena como princípio não veda que o legislador fixe condições abstratas mais severas para determinada categoria de crime. Corroborando tal conclusão a faculdade pacificamente respeitada da fixação dos limites mínimo e máximo da pena quando da edição da lei penal realizada pelo Poder Legislativo, intervalo sancionatório ao qual o juiz está vinculado na dosimetria da pena. Ou seja, se a Constituição dá ao Legislativo o poder de criar o crime, fixar os preceitos primário e secundário e seus limites e autorização para criar regras específicas em abstrato, não há, por contradição lógica, autorização constitucional para o STF invadir competência exclusiva e decidir em sentido contrário. Ademais, a própria CF determina que os crimes hediondos sejam punidos de forma mais severa, fixando, dentre outras condições mais gravosas que lei poderia estabelecer, a vedação da concessão de indulto, graça ou anistia.

Nesta linha de intelecção, ao utilizar-se unicamente do princípio constitucional da individualização da pena como fundamento para sobreposição de direito dos condenados a direito da coletividade, qual seja, a segurança pública, a despeito dos números de incremento dos crimes e a sensação de insegurança, aliada à finalidade da pena em seu aspecto preventivo, o STF, quando do julgamento dos habeas corpus, não se debruçou sobre as consequências da decisão, não valorou o custo social da decisão para sociedade nem sequer se deu ao trabalho de fundamentar sua decisão em números, sobre crimes no contexto posto ou sobre os benefícios aos condenados agraciados.

Permitir que um estuprador ou feminicida possa progredir de regime, porque o cumprimento integralmente fechado previsto em lei é inconstitucional; decidir que é inconstitucional lei que fixar o regime fechado, inicialmente, caso caiba regime mais favorável pela regra ordinária dos crimes comuns; e, por fim, admitir que autores de crimes hediondos possam ter penas privativas de liberdade convertidas em pagamento de cestas básicas ou prestações de serviços à comunidade, agride o senso de justiça, não apenas por vulnerar regra expressa da Lei Maior, mas também fere o valor justiça no seu aspecto material, segundo o conceito Aristotélico, bem como coloca o Brasil na contramão do mundo quando se trata de combate ao crime de alto potencial ofensivo.

Explica-se tal guinada pró-crime o alinhamento de mais de 80% dos ministros do STF à ideologia progressista, seja porque foram indicados por partidos deste espectro político, não raro porque desfrutaram dos mesmos ideais; seja pelos posicionamentos característicos desta linha de pensamento manifestada em outras decisões, todos na crença ideológica de que os condenados são “vítimas da sociedade” e que o excesso de prisões é causa significativa da criminalidade, de que existe “encarceramento em massa”, ocultando dos julgados os números sobre o vertiginoso aumento do índice de criminalidade que assola o país, evidenciando narrativa fictícia que, por óbvio, não possui fundamento empírico, mas, ao contrário, apenas se utilizam de teses reiteradas por pesquisadores patrocinados, os quais desconsideram a realidade social da maioria da população.

As decisões ativistas sobre os crimes hediondos que se viu nas decisões mencionadas neste texto, reitera-se, não se basou na realidade brasileira como critério de valoração justa, nem foram consequencialistas, ou seja, não buscaram maximizar direito fundamental social primário, qual seja, a segurança pública como dever do Estado. A ausência de consequencialismo jurídico, que deveria valorar os efeitos preventivos da pena, aliada ao ativismo judicial ideológico, resultou em abordagem deficiente e fomentadora de mais crimes, seja pelo alto índice de reincidência dos egressos; seja pelo incentivo criminógeno ao reduzir o custo do crime

(por abrandar a sanção penal), aumentando o seu benefício, fomentando e ratificando a ideia de impunidade, ou seja, materializando a certeza de que o crime compensa.

Oportuno pontuar que o argumento de superencarceramento como fundamento para soltura de condenados não resiste à luz. Segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), o número de custodiados no Brasil em 2023 é 644.794⁷⁰, incluídos aqueles podem sair para estudar ou trabalhar, ou seja, soma dos condenados em regime fechado e semiaberto. Este dado, em cotejo aos mais de 100 mil crimes de alto potencial ofensivo registrados anualmente (infrações que ensejariam regime fechado como início de cumprimento de pena) denota que não se prende muito no Brasil. Ao contrário, prende-se pouco e muito mal.

No julgamento em que a Corte Suprema legalizou o aborto nas 12 primeiras semanas de gestação, entendeu-se que o critério para se considerar o início da vida, e assim merecer a tutela penal, é a atividade neurológica, ou seja, mesma *ratio juris* para permitir a doação de órgãos após a morte cerebral (ausência de atividade neurológica). Esse julgado, embora seja juridicamente coerente sobre critério objetivo (atividade neurológica para se definir a tutela penal da vida), invadiu competência do Congresso Nacional, sob o argumento de proteção a direitos sexuais e reprodutivos da mulher, da sua autonomia, as suas escolhas existenciais, à integridade física e psíquica da gestante.

Por fim, ao legislar por meio de decisão judicial, determinando que as condutas homofóbicas e transfóbicas praticadas após a publicação do acórdão fossem consideradas crimes, não respeitando direito fundamental à legalidade estrita, direito fundamental garantido por cláusula pétrea, expôs, sem máscaras, a nítida usurpação de competência do Poder Legislativo e, mais, reforçou que vivemos em uma “supremocracia”, onde a lei e a Constituição são figuras meramente decorativas, subjacente aos auspícios do iluminismo judicial. Deste contexto, não há como esperar alvíssaras.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Revista Eletrônica de Direito do Estado, “Neoconstitucionalismo”:** entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. Instituto Brasileiro de Direito Público, número 17, Salvador, Bahia. Jan/Fev/Mar 2009

ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil.** Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 250, 2009.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968

70 Disponível em < <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023>> Acesso em 25 mar. 2024

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**, Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005

BARROSO, Luís Roberto **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 82.959/SP**. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 23 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 111.840/ES**. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 14 junho. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 118.533/MS**. Tribunal Pleno. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 23 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 97.256/RS**. Primeira Turma. Relator Min. Ayres Brito. Julgado em 1º set. 2010

CHESNAIS, Jean Claude. **A violência no Brasil: causas e recomendações políticas para a sua prevenção**. In: Ciências e Saúde Coletiva. 4 (1):55-69, 1999.

Disponível em:<<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>. Acesso em 23.mar.2024.

Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em 23.mar.2024.

Disponível em:<<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>> Acesso em 25.mar.2024

Disponível em < <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023>> Acesso em 25 mar. 2024

DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Consequencialismo no Poder Judiciário. Indaiatuba: Foco, 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de e GARCIA, Fernando Murilo Costa. **Segurança Pública**. 1 ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

FILOCRE, Lincoln D'Aquino. **Direito e Segurança Pública: limites jurídicos para políticas de segurança pública**. Coimbra. Almedina. 2010.

EUA. Suprema Corte, **Webster v. Reproductive Health Services**, 492 U.S. 490 (1989).

HASSEMER, Winfred. **Sobre a arquitetura de um Direito Penal da Segurança**. Revista de Direito Público. Londrina, n. 14, out-nov. 2006.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. 1 ed. Londrina: Editora E.D.A, 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, José Ferreira de. **A manutenção da Ordem Pública em Democracia**. Lisboa. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2015.

MOREIRA, Leandro Lara. **A eficácia da prisão preventiva como instrumento para a garantia ao direito fundamental à segurança pública**. Dissertação. Universidade Católica de Brasília. 2018.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 262, 2013.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **A violência multifacetada – estudos sobre a violência e a segurança pública**. Ed Del Rey. Belo Horizonte. 2003.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Estados Unidos da América: Harvard, 1971.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública. Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2^a ed. São Paulo. Verbatim, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed.rev./ampl. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SIQUEIRA, Lia de Souza. **Segurança Pública e Ministério Público. Judicialização e participação social para a prevenção do crime**. ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2017.



SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SMART, J. J., WILLIAMS, **Bernard**. **Utilitarianism: for and against**. Reino Unido. Cambridge University, 1973.

FREITAS, Vladimir Passos de e GARCIA, Fernando Murilo Costa. **Segurança Pública**. 1 ed. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2016.

ZACKSESKI, Cristina Maria. GOMES, Patrick Mariano. **O que é ordem pública no sistema de justiça criminal brasileiro?** Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo, v.10, n. 1, fev-mar. 2016.