

**SOCIEDADE DE RISCO E MENSAGEM PUNITIVA:
uma análise sobre o recente ativismo judicial no Brasil como proposta para a
contenção do medo**

*SOCIETY OF RISK AND THE PUNITIVE MESSAGE:
an analysis about the recent judicial activism in Brazil as proposal for fear of contention*

**SOCIEDAD DEL RIESGO Y EL MENSAJE PUNITIVO:
un estudio sobre el reciente activismo judicial en Brasil como una propuesta para
contener el miedo**

ARTIGO

Viviane Freitas Perdigão Lima

Mestra em Direito
Universidade Ceuma e Universidade Federal do Maranhão
viperdigao@hotmail.com
Brasil

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Doutor em Políticas Públicas e Pós-Doutor em Ciências Criminais
Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma
t_allisson@hotmail.com
Brasil

Texto recebido aos 25/03/2020 e aprovado aos 16/04/2020

Resumo

O artigo, partindo do recente ativismo judicial no Brasil na sociedade de risco, analisa o Direito Penal como mecanismo formal de controle das fontes de perigo. Reflete a atuação do juiz penal e sua gerência na sociedade cuja sensação de insegurança provoca o medo coletivo. Analisam-se o direito penal na sociedade de risco e a atuação proativa do judiciário diante da necessidade constante de mensagem punitiva. O referencial teórico pauta-se em um ativismo judicial em substituição de políticas públicas do Poder legislativo ou Executivo pelo Judiciário (BAUM, 1987) dentro da sociedade de risco, ou seja, desenvolvida em meio de uma cadeia de eventos econômicos, políticos, científicos e culturais os quais modificaram o cenário das condições da vida desta sociedade, criando-se, assim, um novo direito penal pautado como mecanismo formal de controle das diversas fontes de perigo de origem sistêmica (BUERGO, 2001). Metodologicamente foca-se em ativismo judicial e sociedade de risco. Verifica-se que um novo Direito Penal fundado no Estado Constitucional de Direito é legítimo, no momento atual, desde que seja comprometido com os valores constitucionais e que usurpe as competências de outros Poderes.

Palavras chave: sociedade de risco. direito penal. ativismo judicial.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Abstract

The paper, starting from judicial activism in Brazil in risk society, analyzes the Criminal Law as a formal mechanism to control sources of danger. Reflects performance of the criminal judge and its management in society whose sense of insecurity causes the collective fear. They analyze the criminal law in the risk society and the proactive role of the judiciary on the need for punitive message. The theoretical framework is based on judicial activism to replace public policies of the Legislative or Executive Power by the Judiciary (BAUM, 1987) within the risk society, that is, developed in the middle of a chain of economic, political, scientific and which changed the scenario of the conditions of life in this society, thus creating a new criminal law based on a formal mechanism for controlling the various sources of danger of systemic origin (BUERGO, 2001). Methodologically, it focuses on judicial activism and risk society. It appears that a new Criminal Law founded on the Constitutional State of Law is legitimate at the present moment, as long as it is committed to constitutional values and usurps the powers of other Powers.

Keywords: risk society. criminal law. judicial activism.

Resumen

El artículo, basado en el reciente activismo judicial en Brasil en una sociedad de riesgo, analiza el derecho penal como un mecanismo formal para controlar las fuentes de peligro. Refleja el desempeño del juez penal y su gestión en la sociedad cuyo sentido de inseguridad causa miedo colectivo. El derecho penal en la sociedad del riesgo y el desempeño proactivo del poder judicial se analizan en vista de la constante necesidad de mensajes punitivos. El marco teórico se basa en el activismo judicial para reemplazar las políticas públicas del Poder Legislativo o Ejecutivo por el Poder Judicial (BAUM, 1987) dentro de la sociedad de riesgo, es decir, desarrollada en medio de una cadena de factores económicos, políticos, científicos y que cambió el escenario de las condiciones de vida en esta sociedad, creando así una nueva ley penal basada en un mecanismo formal para controlar las diversas fuentes de peligro de origen sistémico (BUERGO, 2001). Metodológicamente, se centra en el activismo judicial y la sociedad del riesgo. Parece que una nueva Ley Penal fundada en el Estado de Derecho Constitucional es legítima en este momento, siempre que esté comprometida con los valores constitucionales y usurpe los poderes de otras Potencias.

Palabras clave: sociedad de riesgos. derecho penal. activismo judicial.

O Brasil experimenta um momento de protagonismo do Judiciário e de forte apelo social e midiático nesses tempos de sociedade em rede e da informação. Por mecanismos diversos de controle, e também por meio do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário é também objeto de intenso monitoramento social. A resolução dos diversos conflitos, sociais e econômicos, outrora da alçada política, passou a ser alvo de intensa judicialização, considerando as incapacidades estatais em garantir a efetividade de inúmeros direitos, para além da intervenção e do comando decisório oriundo da típica atividade jurisdicional.

Embora a magistratura, pelo *mito do distanciamento*, aparente isolamento da sociedade e da vida social; a função compele, dia após dia, pensar a realidade e a decidir casos, envolvendo pessoas reais, problemas atuais e casuísmos.

Com a complexificação das redes sociais, urge a necessidade de reavaliar os métodos e aplicação do direito ao caso concreto. Assim, a função jurisdicional, desatrela-se a ideia de simples reprodução do contido na lei através de uma mera operação de aplicação, lógica ou com uso de uma técnica de literalidade.

A magistratura compreendeu que a Constituição de 1988 a tornou uma das principais administradoras da crise social

brasileira e a colocou, rotineiramente, diante da população carente de direitos e proteção social. Juízes, desembargadores e ministros de Tribunais são protagonistas que ocupam espaços na arena pública, marcando posições e desempenhando papéis que extrapolam a clássica imagem de discrição ou extrema impessoalidade.

Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo analisar a atuação proativa do Poder Judiciário no contexto de uma sociedade de risco e como tal exercício pode conter/ou maximizar o arcabouço da cultura do medo e do discurso de punição. Para isso, importante traçar que esse cenário de controle constrói um novo Direito Penal.

O referencial teórico pressupõe um ativismo judicial em decorrência das omissões e fragilidades das políticas públicas desenvolvidas (BAUM, 1987) no bojo de uma sociedade de risco, verdadeira cadeia de variáveis econômicas, políticas, científicas e culturais que modificam o cenário das condições da vida em sociedade, criando-se, assim, um novo direito penal tido como um mecanismo formal para controle das diversas fontes de perigo de origem sistêmica (BUERGO, 2001).

Adota-se a linha metodológica weberiana, afastando-se das categorias sociológicas macroestruturais e utilizando-se o recurso do *tipo ideal*, para o compromisso explícito com a análise

empírica do real. É de relevância ímpar que a realidade não possui um sentido intrínseco ou único, visto que são os indivíduos que lhe conferem significados. Será analisado o conceito histórico de ativismo judicial e sua construção no contexto brasileiro. Além das causas da sociedade de risco e do novo Direito Penal que com ela surge.

O texto está dividido em três seções: a primeira traz reflexões sobre a construção do conceito de ativismo judicial. Na segunda, a discussão concentra-se em analisar a sociedade de risco e o novo Direito Penal. Após, demonstra-se a correlação dessa sociedade de risco dentro das atuações proativas do Poder Judiciário. Por fim, conclui-se que a construção de um ativismo judicial moderado, ou seja, aquele imbuído de valores constitucionais é legítimo e recomendável no contexto político e social atual.

O ativismo judicial como poder que tutela as regras de um jogo democrático

Observa-se que não há consenso sobre o que seja ativismo judicial¹. Sabe-se que ativismo judicial é uma expressão que foi

usada pela primeira vez nos Estados Unidos com extensão lexical não apenas no contexto jurídico, mas também popular e político. Segundo Keenam D. Kmiec (2004), a expressão foi usada pela primeira vez pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., no ano de 1947, em matéria publicada na revista estadunidense *Fortune*.

O próprio criador da expressão *judicial activism*, o já mencionado historiador Arthur Schlesinger Jr., no seu texto famoso, pormenorizou o enunciado ativismo separando os juízes da Corte Americana em dois grupos. Uns comprometidos com a promoção do bem-estar social (Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge), outros (Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson) defendiam que objetivos sociais deveriam ser cumpridos por outros Poderes. Problema lançado, criada imprecisão tanto terminológica do termo quanto a ser positivo ou negativo. Não menos conflitos interiores que o ativismo judicial acaba criando (KMIIEC, 2004).

Dworkin (1999), na sua percepção de ativismo judicial, tenta atribuir a solução de problemas difíceis aos princípios, nas leis, no Direito; mas nunca na discricionariedade, ou seja, livre arbítrio do julgador. Mesmo sendo

contenção da atividade legislativa (WOLFE, 1991); já no Brasil, construiu-se não em conter excessos de outros Poderes, mas compensar a inação deles na implementação de direitos.

¹ Diversos autores discorrem sobre o tema (BAUM, 1987; CAPELLETTI, 1999; RAMOS, 2010; STRECK, 2012). Anota-se que o ativismo judicial norte-americano desenhado como objeto a

adepto do *judicial review* norte-americano, apregooou uma restrição ao ativismo judicial.

Assim, percebe-se que embora o enunciado ativismo judicial tenha sua emergência inicialmente na pátria norte-americana; não há consenso acerca das delimitações do seu sentido.

De outro mirante, Hart, negando a ideia de princípios de Dworkin, afirma que em casos difíceis, o juiz deve usar a discricionariedade, pois não há como ter uma resposta para que os conflitos apareçam. Acaba que, “em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito”. (HART, 2001, p. 335).

Na visão de Posner (2009, p. 423-424), o ativismo judicial não é visto como revolucionário, “mas um elemento para a concretização de direitos fundamentais enraizados na ideia de que ao decidir, o juiz tem o seu processo e, assim, pode fazer decisões discricionárias”. Trata-se de um ativismo comprometido conscientemente ou não com as consequências da decisão.

Bork (2003, p. 9) indica que “é mais fácil saber um voto ou uma decisão pelo nome do juiz do que pela tese jurídica aplicável ao caso concreto”. A referida visão, tida por alguns como cética (FRIEDMAN, 2005), pode acarretar duas consequências negativas:

acaba por deslegitimar a função judicial e libera os juízes para fazer o que quiserem (DORF, 2006).

Em contrapartida, mais uma vez, Dworkin critica veemente o que ele intitula de “pragmatismo consequencialista utilitarista”. Para ele, um juiz ativista ignora toda uma cadeia de situações que não se ajustam a prática constitucional:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignora o texto da constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradoras tradições de nossa cultura política. O ativismo ignora tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devam ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la (DWORKIN, 2011, p. 272).

Ao contrário do pragmatismo, que adota critério prático de dotar esse ou aquele princípio para ajudar a otimizar as questões, Dworkin entende não estar dando ensejo ao ativismo judicial, “porque o seu protótipo de juiz não decide livremente, guiado pela própria consciência, e sim vinculado à prática constitucional de um País que adote a visão

do direito como integridade (Estados Unidos, segundo Dworkin)” (RAMOS, 2010, p. 16).

Nos Estados Unidos, por exemplo, sustentava-se o discurso de que as decisões judiciais não passam de escolhas políticas, encobertas por um discurso que procura exibir neutralidade (Kennedy, 1982).

Assim como na América Latina²; no Brasil, o Poder Judiciário tem sido conduzido a decidir sobre questões no campo da genética, da cibernética, dilemas ambientais, evolução científica e técnica e efetivação de direitos sociais. Para Streck e Saldanha (2013, p. 403), essa atuação do Judiciário deve ser entendida a partir do modelo de Estado brasileiro, ou seja, “de regime presidencialista, conformado pelos poderes executivo, legislativo e judiciário em que o tribunal máximo faz parte deste último e não se encontra como entidade separada e autônoma, como ocorre em alguns sistemas europeus”.

No contexto brasileiro, Valle (2009, p. 19), refletindo sobre o termo ativismo, afirmou que ele possui dois sentidos: finalístico e comportamental. Aquele indica o compromisso com a expansão dos direitos individuais; esse indica a visão pessoal de cada magistrado na interpretação da norma constitucional.

Na visão de Araújo (2017, p. 55), a semântica da expressão ativismo judicial está bastante esgotada. Assim, nos dias atuais representa mais uma crítica do que uma possível descrição de um fenômeno. Para o autor, a extensão do significado de ativismo judicial dependem das expressões normativas de correção e legitimidade. Tais, “[...] em grandes polêmicas são contestados dentro da comunidade constitucional, acusações de ativismo judicial grassam, não apenas porque o termo se esvaziou, mas ainda porque ele tem significados possíveis demais sobre os quais há pouco ou nenhum acordo.”

Neste contexto, Araújo (2017) afirma que é de se reconhecer que o termo ativismo tem pouca função em sua estrutura superficial, mas útil quanto à sua profundidade, ou seja, o que faz um julgamento ser ativista e o seu porquê. Desse modo, ativismo judicial conecta-se com outros termos, ou melhor, com o conteúdo dos precedentes.

Assim, caso uma decisão não se fundamente em devido princípio constitucional, sob a premissa que a Corte estivesse legislando, se o aplicasse poderia não ser considerada como ativista em seu aspecto superficial. Entretanto, poderia ser ativista se deixasse de aplicar um princípio que já fosse sedimentado no ordenamento.

² Na Argentina, por exemplo, a Corte Suprema da Justiça daquele país decidiu ser crime federal

espionar o Facebook de outra pessoa. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Decerto, o “[...] ativismo judicial, considerado por muitos como o flagelo do constitucionalismo, nunca desempenhou um papel tão importante na política quanto hoje” (ARAÚJO, 2017, p. 56), sedimentando o ativismo como uma atuação judicial que inova no ordenamento jurídico criando direito, ou seja, juiz atuando como um concreto legislador.

Shapiro (2013) relembra a vinculação da atividade de controle de constitucionalidade como ativismo judicial porque a atividade de invalidar uma lei já seria uma atividade tipicamente legislativa. Assim, “[...] por essa razão, o controle de constitucionalidade é um processo político (policy-making process), os quais os juízes realizam depois que os legisladores, de seu lado, já fizeram uma escolha.” (ARAÚJO, 2017, p. 59).

O ativismo judicial pode apresentar riscos. Por um lado, pode levar o Poder Judiciário a uma extrema indiferença no que se refere ao direito das minorias; por outro, pode levar a agenda jurídica como se fosse uma arena política de diversas batalhas políticas. Araújo (2017, p. 61) potencializa tais riscos afirmando que o ativismo “[...] pode chegar a um ponto em que o poder executivo se utilize do poder judiciário para driblar o dificultoso procedimento de emenda constitucional, como aconteceu nos EUA, por exemplo, com Franklim D. Roosevelt e a implementação do New Deal”.

De outro lado, para Nery Junior e Abboud (2013, p. 528), “o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre bom ou mau ativismo”. Para os autores, a decisão ativista pauta-se em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em desfavor da legalidade vigente. Ainda, para eles, o ativismo não possui ideologia ou orientação política pré-definida:

Pode ser extremamente liberal (análise puramente econômica do direito) ou de extrema esquerda (viés marxista). O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião. (NERY JUNIOR; ABOUD, 2013, p. 530).

Na construção sobre o assunto no Brasil, Elival Ramos (2010) e Lênio Streck (2012) acolhem o ativismo judicial como um problema que pode ser remediado em vertentes diversas. Para Streck (2012), no próprio enfrentamento da discricionariedade judicial, pois um ativismo judicial *à brasileira* gera uma serie de problemas ao constitucionalismo nacional levando, dentre outros, a perda de autonomia do direito pelos “predadores externos” do Direito que significa decisões judiciais pautadas em critérios não jurídicos.

Elival Ramos (2010, p.25), por sua vez, sinaliza que falar em ativismo judicial é

problematizar o campo da legitimidade do controle de constitucionalidade, em suma “o que caberia discutir é se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte seria mais adequado para implantar uma democracia”.

Assim, no próprio processo interno de construção do ativismo, de uma maior e intensa participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com ampla interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (Legislativo e Executivo), pode-se recair no problema de valorização positiva ou negativa do ativismo. Contudo, utiliza-se neste estudo, o conceito fornecido por Baum (1987), o qual usa a expressão para aqueles casos em que a Suprema Corte, por meio do controle de constitucionalidade ou da simples interpretação de lei Federal, acaba substituindo políticas públicas sob responsabilidade de outro Poder.

A criação da sociedade de risco e as novas características do Direito Penal

De acordo com o Sistema de Informações sobre Mortalidade desenvolvido pelo Ministério da Saúde, em 2017 houve no Brasil uma taxa de aproximadamente 31,6 mortes para cada cem mil habitantes. Tal informação, segundo o IPEA (2019),

demonstra os altos incrementos de violência intencional. Também realizada em setembro de 2013, pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (Ibope), dados permitem inferir, a um só tempo, a demanda pelo Estado penal como resposta à violência e o perfil de respostas conservadoras quanto às pautas de gênero, por exemplo. Deste modo, de um lado, 79% dos eleitores brasileiros são contra a descriminalização da maconha, 46% defendem a pena de morte e 80% defendem a diminuição da maioria penal; de outro, 79% são contra a legalização do aborto e 53% contra a união civil de pessoas do mesmo sexo. Entre os mais jovens, a legalização da maconha e do aborto recebe reprovação superior a 70%. Já a pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), em 1999 e 2010 – capturando percepções das pessoas sobre a relação entre a violência e o bairro, a polícia, as penas, as punições e os direitos humanos –, sinalizou a persistência e o crescimento de um segmento conservador com viés nitidamente autoritário. Embora não configure maioria entre os entrevistados, esse segmento defende o uso de força física como forma de resolução de conflitos, a legitimação do uso de força policial contra suspeitos, o apoio à tortura, à pena de morte e ao uso da violência como forma de disciplinar os filhos (CARDIA, 2012).

Para Pérez Cepeda (2002), a globalização reforçou a ideologia de mercado e do liberalismo, reduzindo o processo de mundialização do capital das últimas décadas a uma dimensão meramente econômica. Com a universalização das tecnologias, a globalização da economia e da informação somaram-se aos riscos derivados da abolição de barreiras nacionais e das incertezas como consequências à economia globalizada.

Assim, os riscos da degradação ambiental, as diversas pandemias, a crise do mercado de trabalho e da adoção de novas tecnologias substituindo o homem pela máquina fecundaram abismos sociais entre os que acumulam capital e os excluídos socialmente e, também, as novas formas de criminalidade organizada.

Por exemplo, derivam da emergência do crime organizado, visto como fenômeno, sentimentos de medo e insegurança que norteiam os discursos, as práticas e a mentalidade punitiva da população. O imaginário compõe-se de um universo formado por organizações diferentes entre si, sob diferentes aspectos. De acordo com Adorno (2019), analisando-se o PCC, inclui-se nesse universo essa organização criminosa tornada visível na década de 90 e que ocupa

diversos Estados da Federação, inclusive no Norte e Nordeste, representando quase catorze mil integrantes.

O medo de tais organizações, como o caso do PCC, fundamenta-se no fato do tráfico de drogas como uma das atividades e por movimentar anualmente sessenta e quatro bilhões de dólares. Ademais, é de se causar espanto o fato de instâncias de controle social que deveriam promover a segurança estar envolvidas junto às organizações criminosas, a exemplo das polícias, atores do Sistema de Justiça, agentes do Legislativo, etc. Com efeito,

a principal ameaça é o emprego da violência, inclusive simbólica, que alimenta ódio, disputas fatais, tortura, sequestros, desaparecimento, incineração de corpos e amplo apelo às armas de fogo, a par da violência policial (ADORNO, 2019, p. 35).

Nessa senda, o crime passa a ser, na sociedade moderna, um dos maiores riscos de desagregação social atraindo, de logo, as razões para seu imediato enfrentamento. Para isso, há reforço pela mídia dos medos e um papel importante dela para um alarme social.

A globalização como foi dito, com seus processos de expansão e ruptura de barreiras³, delimitou não apenas organizações

³ Stuart Hall (2006, p. 71), teórico cultural e sociólogo, afirma que esse deslocamento promovido por intercâmbios globais (acelerados pelo aperfeiçoamento dos meios de comunicação) já era sentido no final do século XIX e início do

século XX, com “os trabalhos de Einstein, as pinturas cubistas de Picasso e Braque, os trabalhos dos surrealistas e dos dadaístas, os experimentos com o tempo e a narrativa nos romances de Marcel Proust e James Joyce e o uso de técnicas de

transnacionais da economia, como também organismos transnacionais do crime (as redes internacionais para o narcotráfico, para o tráfico de armas, de pessoas e para a lavagem de capitais). No mundo, grupos terroristas multiplicando-se principalmente na Europa, na Ásia e na África, pautados no fundamentalismo religioso e pela conflituosidade associada ao tráfico de armas.

Em terras latinas, grupos como as FARC na Colômbia e Brasil, organizações criminosas em favelas do Rio de Janeiro e em São Paulo, diariamente nas telas da televisão e da mídia impressa, estampadas a partir de suas ações criminosas e sangrentos conflitos com a polícia.

Tal conjuntura reflete a estrutura de sociedade de risco global. Na visão de Pedro Mercado, essa sociedade apresenta características que advém de uma cadeia de

processos econômicos, políticos, científicos e culturais que vão desde a mundialização da economia até a revolução e transformação tecnológica, modificando o cenário das condições da vida social que hoje se descreve com a palavra globalização (2005, p. 119).

Na perspectiva de Beck (1998), no presente há ainda mais ameaça e insegurança na vida das pessoas. Tais ameaças se focam nas doenças e, conseqüentemente a tão

temida morte que, por quaisquer razões, apavora moralmente o indivíduo. Para tanto, esclarece o autor:

É necessário estabelecer uma distinção entre estas e a semântica do risco, associada, desde inícios da Idade Moderna, à importância crescente atribuída no processo da modernização à decisão, insegurança e probabilidade. A semântica do risco diz respeito a perigos futuros tematizados no presente, resultantes, frequentemente, dos avanços da civilização. Ela permite igualmente novas mobilizações – pós-utópicas – das sociedades, como, por exemplo – como referido –, iniciativas cosmopolitas contra as alterações climáticas, alianças variáveis entre movimentos da sociedade civil, Estados e grupos econômicos.

Acresce Beck (1998, p. 181) que os riscos apresentam dois lados: oportunidades e perigo. Estas faces foram discutidas durante a industrialização, sobretudo, em vista da navegação mercante intercontinental. Sendo assim, a ideia de risco acaba sendo uma maneira de olhar e pensar como se mobiliza

[...] uma sociedade, confrontada com a abertura, as inseguranças e os bloqueios de um futuro produzido por ela própria e não determinado pela religião, pela tradição ou pelo poder superior da natureza, mas que também perdeu a fé no poder redentor das utopias.

montagem nos primeiros filmes de Vertov e Eisenstein.”

O risco, de acordo com Beck (2015, p.229), não elimina qualquer forma de conhecimento, mas une o que é conhecido com o que ainda não se conhece dentro de uma probabilidade. Logo,

[...] o risco abre um mundo aquém e além da distinção clara entre saber e não saber, verdadeiro e falso, bom e mau. A verdade una e única está dispersa em centenas de verdades relativas que surgem da proximidade do risco e da afetação pelo mesmo.

O risco, para o autor (2015, p.230), demonstra uma forma de lidar com a insegurança. Esta, hoje, não pode ser ultrapassada através de mais conhecimento, mas que resulta precisamente desse. Em algumas situações, o fato de não se saber algo é suprimido ou, ainda que se saiba, escolhe-se a indiferença; mas, algumas vezes

[...] fica no centro das atenções, transformando-se num cenário de horror que permite verdadeiros negócios e jogos de poder. Graças ao risco, a *hybris* da controlabilidade, mas talvez também a sabedoria da insegurança podem ganhar influência.

Sobre a segurança jurídica, aponta Amaral (2007), no direito penal expressa de forma mais enfática como um dos pilares do princípio da legalidade e está ligada à Revolução Francesa. Isso porque naquela revolução o princípio da legalidade afigurou-

se na garantia do indivíduo, na segurança jurídica e ideia de limitação do Estado.

No contexto presente, a questão da segurança jurídica é afetada e desvirtuada a tal maneira que se limita a um fim em si. Para o autor,

[...] isso ocorre quando a segurança deixa de ser meio ou instrumento para o homem atingir seus objetivos fundamentais, passando a ser, ela mesma, um objetivo. Esse argumento é ainda recorrente no sistema jurídico penal brasileiro e esconde pretensões não declaradas e indeclaráveis (Amaral, 2007, p. 46).

Por conseguinte, a ideia de risco no contexto atual está presente nas linguagens da técnica, da economia, das ciências naturais, linguagem da política, até mesmo a criação de um ramo do direito chamado direito do risco. Enfim, uma forte dramatização pública dos riscos não aborda apenas genética humana, a medicina reprodutiva, mas também a um futuro ainda que inexistente, ameaçam restringir a liberdade de investigação, pois “[...] o risco constitui um tema mediador, no qual, em sociedades altamente inovadoras, é necessário renegociar a divisão do trabalho entre a ciência, a política e a economia.” (BECK, 2015, p.).

Beck (2015) desenvolve a ideia de modernização reflexiva como fundamental para a configuração de sociedade de risco. Afirma que as certezas da modernidade se esgotaram e a humanidade se depara com

novos e intensos desafios. A modernidade reflexiva demonstra um momento da modernidade que deteriora-se. Representa um novo tempo que não advém de mudança de governo pelas vias ordinárias ou por meio de uma revolução, mas é resultado de uma modernização autônoma nos moldes da sociedade ocidental e sua industrialização. Representa, então, a própria conquista da modernização ocidental.

Corroborando isso, Amaral (2007, p. 78) reflete

A modernização reflexiva questiona, basicamente, a rigidez e a impossibilidade de superação dos conceitos da sociedade industrial. Não tende à autodestruição, mas à autotransformação da modernidade industrial. A modernidade reflexiva alude menos à reflexão (como o adjetivo 'reflexivo' parece surgir) e mais à autoconfrontação: o trânsito da época industrial à época do risco se realiza anônima e imperceptivelmente no curso da modernização conforme o modelo de efeitos colaterais latentes. A acumulação de conhecimentos sobre nosso entorno natural e social não conduziu, como se esperava, a uma maior certeza sobre as condições em que vivemos. Pelo contrário, tanto individual como coletivamente nos achamos em um estado que poderia ser qualificado como 'incerteza fabricada', reprodutor do medo e da insegurança.

Para Bauman (1998), a pós-modernidade funda-se na vontade de liberdade, que contrapõe a ideia de vida estável e de segurança. Para o autor, a cultura ou a

civilização na modernidade buscam em certa medida a beleza, a limpeza e a ordem. A beleza é vista na modernidade como sinônimo de perfeição e harmonização das formas e, assim como a pureza e a ordem, representam prêmios que não podem ser deixados de lado, caso contrário, provocará indignação e lamentação. "Nada predispõe 'naturalmente' os seres humanos a procurar ou preservar a beleza, conservar-se limpo e observar a rotina chamada ordem. Se eles parecem, aqui e ali, apresentar tal 'instinto', deve ser uma inclinação criada e adquirida, ensinada, o sinal mais certo de uma civilização em atividade" (BAUMAN, 1998, p. 105).

Nesse contexto, as pessoas são obrigadas a respeitar e apreciar cenários que devem voltar-se a harmonia, a limpeza e a ordem na tessitura social. Por conseguinte, o livre modo de agir sobre seus próprios impulsos torna-se previamente planejado. A coerção dói, mas defende contra eventual sofrimento, dano e vitimização. É um jogo de perda e ganho que troca de lado.

[...] os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade. Os mal-estares da modernidade provinham de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca da felicidade individual.

Tais mal-estares da pós-modernidade originam-se da liberdade da busca do prazer que deixa de lado a segurança individual. (BAUMAN, 1998, p. 106). Esclarecendo mais sobre este instigante assunto, Buergo (2001) traça três perfis dessa sociedade. Inicialmente, é marcada pela mudança de perigos atuais em relação a outros momentos da humanidade. Agora, teme-se pelo manejo e exploração de energia nuclear, produtos químicos, recursos alimentícios, problemas ecológicos e tecnologia genéticos.

Como segunda característica, que não deixa de ser consequência da primeira, saber como investigar e desvendar as condutas lesivas devido a constante mudança da ação individual para a coletiva. Isto porque nos meandros do crime, cada vez mais a responsabilidade se estende a várias pessoas, jurídicas ou físicas.

Decerto, a sensação de insegurança subjetiva que provoca o medo coletivo, sendo, portanto, a última e marcante característica de tal sociedade. Assim, se “provoca uma demanda crescente por mais legislação penal, na busca de uma proteção objetiva, fazendo o binômio risco-insegurança com que os indivíduos reclamem ao Estado a prevenção ao risco e a otimização dos riscos de segurança”. (VELOSO, 2011a, p. 65)

Entretanto, completando seu conceito, Perez (2005) acrescenta a resistência psicológica dos indivíduos ao caso fortuito

levando à eliminação de espaços de riscos permitidos das infrações, de incremento de deveres de cuidado e proposta de aumento de tipificação de delitos de perigo.

Na análise da sociedade de risco, há uma diferença entre risco e perigo. O perigo afigura-se quando perceptíveis as circunstâncias fáticas que sempre ameaçaram a sociedade. Já os riscos são artificiais, frutos do agir humano e das suas decisões. Por isso,

quando determinado perigo é aceito pelo homem, ele transforma-se em risco, até chegar-se ao estágio onde o homem perde o controle sobre o risco, não conseguindo mais diminuir ou evitar as consequências da sua conduta. (BECK, 1998, p.114).

A sociedade de risco conduz tanto a ideia de incerteza quanto à consciência de que o mundo deve se programar para o futuro, expondo que o imediatismo moderno deve dar espaço para o comprometimento com a satisfação das necessidades futuras.

Diante da nova dimensão que a questão dos riscos assume hoje, com a busca desmedida pelo crescimento econômico, o desenvolvimento de tecnologias sujas e a crise do estado de bem-estar, o risco tornou-se o desafio a ser vencido por nossa sociedade. A humanidade está num ponto de transição de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco, onde não há o domínio da causalidade pelo Homem. (TESSLER, 2004, p.145).

A localização desse prognóstico na organização capitalista dos processos de exploração dos recursos naturais, e em um espaço onde ganharam destaque diversas instâncias de organização normativa onde podem ser identificadas todas aquelas situações, a saber, no mercado, sociedade civil, organizações associativas, instituições públicas ou privadas, permite que se afirme sem grandes dificuldades que nesse modelo econômico as causas dos riscos e do perigo possuem as mais diversas origens, o que lhe dá contornos de um *multidimensionalidade*, circunstância que acentua as dificuldades dessas instâncias em lidar com os problemas dessa ordem, e que caracterizam o modelo sociológico desenvolvido por Ulrich Beck conhecido por *sociedade de risco*. (LEITE, 2002, p.11)

Sob a égide da sociedade de risco, o legislador não tem como antever as atividades perigosas, com fito de classificá-las como toleráveis ou intoleráveis. Nesse sentido, Tessler (2004, p. 225) chama a atenção para o fato de que

[...] no modelo de "sociedade de risco", falece o mito da possibilidade de determinar todos os riscos. A incerteza dos acontecimentos compromete a calculabilidade dos riscos e é nesta conjuntura que o legislador se insere. Presumir que o legislador tenha transcendido a imprevisibilidade própria deste novo paradigma é, no mínimo, ingenuidade. A norma que rege comportamentos em uma "sociedade de risco" deve ser compreendida em consonância com a racionalidade que a norteia.

É nesse contexto que surge um novo Direito Penal que se apresenta mais como política de criminalização e menos descriminalização (Veloso, 2011a). Assim, o legislador acaba por se preocupar muito mais com a parte especial do Código Penal e com a legislação extravagante, do que com o sistema de pena e de medidas de segurança. Conclusão, surgem os novos tipos penais em áreas como a criminalidade organizada, processamento de dados, economia, tributação e meio ambiente.

Nessa expansão, há um uso excessivo dos delitos de perigo abstrato, a implantação dos chamados crimes comissivos por omissão, a tentativa de punição exemplar com enorme exposição na imprensa dos chamados escândalos financeiros e tributários, em detrimento da observância dos princípios basilares do Direito Penal, estes baseados nos delitos de ação, dolosos, de lesão a bens jurídicos individuais e de legalidade estrita. O Direito Penal Econômico passa a ter por finalidade a proteção da norma administrativa ou civil e não a proteção a bens jurídicos, ou em outras palavras, o descumprimento da norma administrativa ou civil caracteriza a ocorrência do tipo criminal, e não a prática de uma conduta ofensiva a bens jurídicos. (VELOSO, 2011b, p. 57)

Nesses moldes, o Direito Penal torna-se instrumento de controle social. Agora, serve como mecanismo formal de controle das diversas fontes de perigo de origem sistêmica. Garland (2001) alerta que o sistema

de justiça penal se expandiu enormemente no que tange à quantidade de judicialização dos casos ao número de funcionários e elevados gastos orçamentários, sem mencionar a construção de estabelecimentos penais. Entretanto, permanece antigas tradições.

Assim, no contexto atual não há uma transformação das instituições, nem o abandono de velhas práticas e instituições e a criação de outras, muito menos, “ocorrem processos de abolição, como houve quando se desmantelaram o cadafalso e a força e em seu lugar se construíram penitenciárias. Não existem notícias de um processo de construção de instituições comparável com os tribunais juvenis, o serviço do livramento condicional e a individualização da pena.” (GARLAND, 2001, p. 275-276)

Contribuindo para esse novo Direito Penal, Hassemer (1999, p. 60) indica que os tradicionais requisitos da imputação individual acabam por constituir obstáculo para uma política criminal eficaz. Assim, a tal principal virtude do Direito Penal tradicional virou barreira ao emprego dos meios jurídicos do novo Direito Penal que deseja a agravação das penas e os tipos penais abertos.

Desde modo, realça-se uma característica do Direito Penal atual: a proteção de bens jurídicos com perfis difusos. Ocorre porque acaba existindo um desapego aos bens jurídicos individuais e como consequência, a opção legislativa pela

proteção dos bens jurídicos supraindividuais. O alijamento da proteção de bens jurídicos individuais ou mesmo a preterição do conceito de bem jurídico mostra um Direito Penal sem tanta vocação ao castigo e a repressão a danos individuais concretos, mas fortemente conectado à mera inobservância de normas organizativas como a proteção de condições ou bases de segurança e a prevenção de perturbações sociais. (BUERGO, 2001).

O direito acaba por se redefinir, e nesse amplo aspecto de redefinição ante suposto anseio social por ordem, surge sua faceta mais dinâmica e repressora, enxertada em normas penais. O direito penal, anteriormente visto como *ultima ratio*, passa a ser a *prima ratio* da política estatal, num populismo punitivo de que, por meio de instrumentos repressivos e pela neutralização do outro será obtida a tão sonhada epifania de paz social. Sendo assim, se volta à definição do pacto social, como meio de assegurar uma sobrevivência à sociedade.

Ativismo judicial no direito penal como contenção do medo no contexto da mensagem punitiva

O que tem acontecido no contexto atual é um Direito Penal com uma mensagem de que uma lei penal que serve para punir, reduzir direitos, produzir dor,

claro, matar pessoas. Enfim, uma mensagem com muitos cadáveres (ZAFFARONI, 1996). A lei penal tem sido reconhecida como uma aparente solução aos diversos problemas sociais. Assim, desloca-se para um plano simbólico, ou seja, uma declaração que tranquiliza a opinião pública, ao invés de proteção efetiva, na qual deveria ser resolvido no plano da instrumentalidade. (SILVA SÁNCHEZ, 2002)

Surge então, um grave problema encabeçado pelo Estado neoconstitucionalista⁴ que apresenta a Constituição como um mecanismo fundamental de justiça social deslocando para a Jurisdição Criminal a tarefa de criar soluções efetivas aos problemas sociais cuja responsabilidade apresentava a tarefa de outros Poderes (Legislativo e Executivo).

Segundo Pérez Cepeda (2002), a nova economia do controle social contribui

tanto para gerir como para criar o medo e o alarme social, fenômenos que em si mesmos supõe controle. Continua a autora que este novo projeto de domínio não pode prescindir do poder militar, policial e penitenciário e, tanto óbvio, do juiz. Assim, constrói-se um certo ar de resistência ao ativismo judicial em matéria penal.

O dito ativismo judicial deve ser entendido dentro deste contexto social que produz determinada economia psíquica em que a própria justiça se transforma na instância moral superior da sociedade. (MAUS, 2000)

A busca por um Judiciário proativo traz consigo a demanda por um julgador encapuzado que se coloque como o herói no ritual do julgamento. Para isso, ele deve incorporar o discurso de combate ao crime em nome do eficientismo⁵ penal. O ativismo judicial em matéria penal cria uma espécie de

⁴ Para esse estudo, traz-se à baila a compreensão de Daniel Sarmento (2009). O conceito não é mencionado em todas as ordens constitucionais (Estados Unidos e Alemanha), mas no Brasil, apresenta uma aproximação do direito com a força normativa dos princípios, constitucionaliza diversos direitos fundamentais, judicializa a política e as relações sociais modificando o poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.

⁵ No que se refere a “eficiência” traz-se as ideias do filósofo John Rawls em *Uma Teoria de Justiça* (1971) sobre o utilitarismo clássico. Para o autor, a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem. Continua, assim como um bem estar de uma pessoa se constrói com uma série de

satisfações obtidas em momentos diversos no decorrer da vida, da mesma maneira deve-se construir o bem-estar da sociedade com base na satisfação do sistema de desejos dos muitos indivíduos que a ela pertencem. Já que o princípio para o indivíduo é elevar ao máximo o próprio bem-estar, o próprio sistema de desejos, a princípio para a sociedade é promover ao máximo o bem-estar do grupo, realizar no mais alto grau o sistema abrangente de desejos ao qual se chega a partir dos desejos de seus membros. Assim, com o indivíduo avalia ganhos presentes e futuros contra perdas presentes e futuras, também a sociedade faz balanço de satisfações e insatisfações entre os diversos indivíduos. e, assim, por meio dessas ponderações, chega-se ao princípio da utilidade de maneira natural: a sociedade está bem-ordenada quando suas insatisfações elevam ao máximo o saldo líquido de satisfações (2008, p. 27-29). Contudo, contrapondo o utilitarismo, Rawls,

“Juiz Justiceiro de Sociedade”. Tal personalidade identifica-se a junção de duas descrições, o “Juiz Divino” e o “Juiz Herói”. (CARVALHO, 2007)

Assim, o juiz se apresenta com o operador-chave desse sistema, presente, de maneira direta ou indiretamente, e de modo independente de suas convicções pessoais, no coração da questão social, compelido a exercer, frequentemente “sem qualquer treinamento prévio, funções de terapeuta e de engenheiro social”. (VIANNA, p. 18)

Aqui não apenas a sociedade, ávida por soluções céleres, acaba atuando na mutação do Poder Judiciário. Mas o legislador termina sendo também atuante na ponta deste iceberg. É ele (Poder Legislativo) que juridifica e destina à judicialização a matéria do social.

Como se sabe, não é raro que dependa da sua caneta a decisão sobre a vida ou a morte de um cidadão, como no caso das internações médicas e no suprimento de remédios, particularmente nas doenças crônicas. (VIANNA, 2013, p. 18).

Deste modo, cria-se uma dupla construção quanto à própria compreensão da inscrição institucional do juiz, o qual, torna-se prisioneiro de uma situação que o vê, de modo encapuzado, em termos de um

enquadramento intelectual de estilo positivista, “ao mesmo tempo em que, na prática, exige dele, como personagem institucionalmente relevante na composição do social, uma orientação de estilo consequencialista”. (VIANNA, 2013, p. 18)

Desse modo, agrava-se pelo fato de que o seu agir, na qualidade de juiz, deve ser de decisões solitárias. Do contrário, em boa parte, as questões que lhes são apresentadas reclamam para uma intervenção judiciosa, requerem a participação criativa de atores ativos nas redes da sociabilidade, que ajudariam a produzir decisões alinhadas com ele. (VIANNA, 2013)

Diante das promessas insculpidas na modernidade, e sobretudo, nos discursos de emergência social ou de guerra contra a criminalidade, juristas devem estar atentos às diversas armadilhas discursivas oferecidas pela nova ordem mundial, globalizada, neoliberal e eficientista, que apresenta o dever de a ela resistir em tudo aquilo em que sonegue ou tente sonegar

[...] as conquistas democráticas galgadas pela modernidade (o Processo Penal em particular) e em larga escala ainda não cumpridas, mormente lutando pela efetivação de direitos e garantias constitucionais na busca de uma democracia material (COUTINHO, 2004, p. 94).

propõe uma ideia alternativa de justiça, aplicando o contratualismo, inspirado na tradição liberal de Locke, Rousseau, Kant e Stuart Mills.

Acaba existindo uma veneração social do Poder Judiciário que de certa forma enevoa os limites de atuação deste Poder, assim como, acaba por fortalecer uma espécie de servidão coletiva junto a uma Instituição. Nesse descompasso, afigura-se um judicialismo hiperbólico (BIRMAN, 2006) onde o indivíduo passa a acreditar em alguém capaz de protegê-lo durante toda existência, mesmo vivendo num meio em que há eleições periódicas e instituições presentemente poderosas.

Tal contextura não pode ser negligenciada numa sociedade de risco, pois fará apelo a um Judiciário proativo, com o juiz encapuzado grande protetor da sociedade diante da guerra contra o crime.

Por detrás dos conflitos urbanos, existe um discurso de medo sobre o aumento da criminalidade. Tal produção acaba por permitir e até mesmo legitimar um direito penal de emergência, no qual garantias individuais são afastadas em nome da defesa social. Assim, surge uma manipulação do sentimento de medo o qual constrói aplausos por mais repressão e menos direitos ao imputado.

Desenha-se uma arquitetura do medo o qual legitima a formulação de políticas públicas focadas nos discursos da emergência sendo pano de fundo para a formação de um ambiente social que depende da identificação de fatores de risco. Deste modo, criam-se os diversos inimigos da sociedade.

Para dar conta da conflitividade, as intervenções urbanas lançam como pano de fundo o discurso do medo. Tal, torna-se uma opção estética e como estilo de vida tem-se a incerteza, porque

[...] diminuição do poder político do Estado faz com que o desamparo provocado pela destruição das redes de proteção coletiva gere uma ansiedade difusa e dispersa que converge para uma obsessão por segurança. (KARAN, 2005, p. 52).

Para Pérez Cepeda (2002), deveria haver uma cultura de respeito aos diversos direitos fundamentais e não exclusão do inimigo. Contudo, constrói-se uma política criminal centrada na manipulação social do desejo de segurança através, sobretudo, do aumento de pena, redução das garantias processuais, máxima eficiência punitiva.

Ao lado do medo existe um estilo paranoico⁶ da sociedade que traz à tona o

doente dos nervos” o juiz Daniel Paul Schreber apresentava um torpor alucinógeno responsável por criar ideias delirantes que correspondiam a idealizações no campo místico e religioso. O juiz achava que se encontrava em contato direto com Deus. Por isso, cabia a ele a tarefa de salvar a todos, recolocando o estão de beatitude. Para ele,

⁶ Segundo caso analisado por Freud, a paranoia se manifesta através da linguagem (verbalizada ou pensada) caracterizados por alguns elementos específicos da leitura psicanalista clássica como a “retirada da libido”, “o mecanismo da projeção” e o narcisismo. No caso relatado em estudo autobiográfico com o título de “Memórias de um

mecanismo de projeção estabelecendo no direito penal um campo de identificação inconsciente com a angústia da vítima acompanhada da repulsa do outro, visto como um inimigo. Assim, o discurso acerca do antagonismo entre a figura mítica dos cidadãos de bem e os criminosos, enfim, uma verdadeira cruzada contra as garantias de contenção ao exercício do poder penal.

Assim, convoca-se o julgador para legitimar uma atuação que tentam justificar a violação de garantias constitucionais, por exemplo, o devido processo legal, seria uma espécie na prática de mal menor.

Para Amaral (2007), a ciência penal necessita de um sistema. Em sua perspectiva, o sistema fechado não auxilia o direito penal contemporâneo, pois é fundado em conceitos que não permitem elementos que vão de encontro com a cultura sendo próprio do positivismo. Logo, caracteriza-se como axiomático e não axiológico.

Diante da dinâmica da sociedade e pela história do direito penal, Amaral (2007, p. 245) frisa sobre o sistema penal aberto, quer seja no viés científico ou objetivo. No científico, o sistema penal estaria aberto para rever seus posicionamentos e proposições,

cabia a missão de redimir o mundo e restituir a humanidade em estado de beatitude. Um ponto marcado por Freud na paranoia do juiz foi que o paciente para repelir uma fantasia de desejo homossexual reagia com delírios desta espécie (FREUD, 1996). O mecanismo da paranoia serve

assim como o conhecimento científico propõe. No sentido objetivo

[...] representa a passividade do direito penal para o constante aperfeiçoamento de suas estruturas, assim, o sistema penal também muda, objetivamente, na medida em que ele incorpora a unidade e a adequação respectivas à evolução consubstanciada em princípios novos e diferentes daqueles existentes até então.

A ideia do sistema aberto para operação do direito penal é possível na seara da Constituição Federal de 1988. Eis que seu preâmbulo, artigo 3º, I é notório ao permitir a abertura e pluralismo da sociedade brasileira. Ademais, o próprio ideal de democracia e o princípio da dignidade da pessoa humana reforçam a vertente aberta do direito penal. (AMARAL, 2007).

A referida visão do direito penal não traz subjetivismo e, tão pouco causa insegurança jurídica. Sobre a primeira crítica, Amaral (2007, p. 246) afirma que “[...] antes, o desfavorece, na medida em que tem na realidade social dados objetivos que servem como critérios decisórios.” Sobre a segurança jurídica, esta não era sedimentada antes da era da globalização e, ainda não é hoje em crescente globalização. A plena existência da segurança jurídica seria possível se a

como modelo explicativo de estruturas e discursos sociais, assim como, ajuda na identificação do que esta presente nos discursos utilitaristas do processo penal criados sob a influência da ideologia da defesa social. Enfim, as formas como o outro é percebido tem implicações no Direito Penal.

colocássemos com menos abstração e mais densidade. Contudo, a realização da segurança jurídica se encontra como um valor de extenso consenso, mas baixa concretização do alcance de seu conceito.

Reforça Amaral (2007, p. 246) que a vida social exige atualização dogmática. Para tal, uma via cabível é necessária uma concepção do direito penal como um sistema aberto. Muito além da simples análise social, a sociedade contemporânea como sociedade de risco adentrou em vários campos científicos e claro, a ciência penal não está alheia, em vista de:

[...]1. a dependência desta em relação à configuração social; 2. as contundentes reações e consequências que o direito penal acarreta para o indivíduo; e, 3. a aparente e simbólica aptidão do direito penal obstacularizar e preservar a sociedade dos novos riscos criados, minimizando a insegurança.

A pergunta fundamental que se vislumbra é acerca da concretização dessa proposta. Amaral (2007, 247) não fala em criar um novo direito penal ou sobre a flexibilização dos princípios penais. É papel do direito penal na sociedade de risco olhar por meio de um processo de comunicação se a demanda concreta é ou não carregada de significado capaz de causar instabilidade social mesmo após a submissão as normas vigentes. Logo,

Busca-se uma dogmática penal que seja capaz de definir, comunicativamente, suas categorias básicas. Isso é feito com o uso de informações não determinantes, oriundas de outros sistemas parciais e/ou do entorno com a finalidade de reproduzir e reduzir sua complexidade e possibilidade de soluções. Todavia isso pressupõe que o direito penal na (e diante da) sociedade de risco define, internamente, o seu tempo para reagir legitimamente.

Duas consequências devem ocorrer. De um lado haverá uma restrição à ampla tendência de antecipação do momento punitivo; de outro lado, serão sancionadas com maior precisão e rigor aquelas condutas em que o *timing*, exclusivamente jurídico penal, permite visualizar um simbolismo existente numa determinada ação, tendente a afetar expectativas sociais comprometedoras da identidade da sociedade.

Um bom substrato para discussão na área penal, embora tenha sido escrito para a realidade jurídica francesa que apresenta certa desconfiança em relação ao Judiciário (STRECK, 2012) e também são afirmações trazidas por um autor que anos exerceu a profissão de juiz, já em 1996, Antoine Garapon via o Judiciário como “o guardador de promessas”. Para o autor, nada mais escapa ao controle do juiz (1998).

Prosegue afirmando que o juiz se insere num cenário de descrença na lei e aumento na dimensão interpretativa do direito, um desmoronamento do conceito de democracia, significando que o homem

democrático desaparece. Assim, há uma certa promoção da atividade jurisdicional, o que não significa mudança dos titulares da soberania encabeçados ao Poder Executivo e Legislativo, “mas antes uma evolução da referência da ação política, não uma rivalidade, mas sim uma influência recíproca”. (GARAPON, 1998, p. 43)

Para Garapon (1998, p. 25), ativismo judicial ganha contornos diferentes. A atuação jurisdicional é acentuada de tal maneira que juízes passam a ser considerados como os últimos ocupantes de uma função de autoridade paternal e até mesmo clerical abandonada por seus antigos titulares. Enfim, constrói uma visão de ativismo judicial e governo de juízes como uma tentativa de redenção pelo qual o juiz torna-se árbitro dos bons costumes.

Quando caracteriza o ativismo judicial, Garapon (1998, p. 54) associa a decisão judicial a um critério de desejo, vontade e escolha. Segundo ele, “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de travar”. Vê-se que para o autor, escolha, desejo e poder são elementos que convergem para único fenômeno, o ativismo judicial.

Foi nesses contextos que o ativismo judicial ganhou fôlego no mundo e passou a representar a defesa em juízo de ações que

politicamente não se mostravam suficientes. Desse modo, embora a sociedade clame por soluções urgentes, quer seja por meio do discurso do medo ou paranóico, ainda assim, cabe ao Judiciário lidar com a violência em todas as esferas, promover a concretização de promessas modernas de dignidade e conter o chamado populismo punitivo.

Considerações finais

Perceptível, pois, a parametrização de um novo Direito Penal na sociedade mundial do risco, cujo ponto forte e caracterizador é a intensa política de criminalização e movimento de vislumbre a condutas incriminadoras. No Brasil, o legislador tem se preocupado muito mais com a parte especial do Código Penal e a legislação extravagante, em detrimento de repensar as estruturas necessárias para que o Estado Penal, que atua na teorização normativa sobre a configuração delitiva e da pena ou medida de segurança cominada, legitime-se no uso da mão forte, provocando, no reverso, a emergência de riscos e das valorações não tão razoáveis na pauta que realça a tutela penal de bens difusos como meio ambiente, a tributação, a economia e processamento de dados.

Esse novo perfil da política-criminal com mais criminalização e decréscimo de descriminalização é fruto de transformações

na estrutura do Estado Liberal, o qual, para abarcar as contingências de justiça social e consolidar um Estado Democrático de Direito, repercute na forma com que os poderes da república exercem a sua missão constitucional. Nesse momento, coloca-se em evidência o papel desenvolvido pelo Poder Judiciário e as contribuições que pode dar diante de uma sociedade que almeja soluções emergentes.

A constitucionalização do direito criou exigências distintas de atuação do Judiciário tanto no cenário político quanto social. Agora, sua legenda torna-se mais ampla desdobrando-se para resguardar todas as dimensões dos direitos fundamentais, as diversas promessas da modernidade, assim como, um gestor que atua de forma proativa para efetivar direitos, além de ser o limite ao exercício do poder penal sobre a vida.

O que se sabe é que, no Brasil, a pauta do bom ou mau ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois concedeu uma espécie de incremento nas prerrogativas do magistrado. O que não se pode negar é que tais agentes políticos foram impulsionados a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com intensa repercussão midiática.

Agora, os milhares de casos em que há a necessidade de se assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão

legal em condições de lhes dar regulamentação passam a ser discutidos em juízo. A pressão por diversos processos de globalização culmina na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução dos conflitos que em outras épocas eram resolvidos nas esferas sociais.

Com isso, o ativismo nasce em um cenário de elevada complexificação social e consequentemente divisão dos tradicionais campos não jurídicos (moral e religião) que resolviam as controvérsias.

Assim, surge lados de dois mandamentos: um Judiciário proativo que age moderadamente em busca de direitos sociais anotados na Constituição; e um passivismo exagerado do Judiciário para praticar as garantias fundamentais de contenção ao poder punitivo.

Apesar de tal dicotomia, um ativismo judicial moderado, mesmo na área criminal, é importante para dialogar com o vazio entre as promessas do constitucionalismo nacional e a vida da população, mesmo que surjam discursos numa perda do referencial clássico de separação dos Poderes da República.

Um Judiciário comprometido com os valores constitucionais é salutar, legítimo e recomendável no atual contexto político e social. Não é transformá-lo em um Poder-herói sempre apto a corrigir as necessidades

emergentes da sociedade, mesmo porque por detrás de tal pensamento existem jogos estratégicos de ação e reação encabeçados pelo medo da criminalidade.

O que se reflexiona é a colocação de um Judiciário ativo na perseguição dos ideais de justiça que pode também ser transferido para o direito criminal. O desafio de tal junção é que não descambe para a fratura de muitas garantias ou retirada de pautas reservadas aos demais poderes constituídos.

Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. “Fluxo de operações do crime organizado: questões conceituais e metodológica”. *Revista Brasileira de Sociologia*, vol 07, n. 17, Set-Dez/2019. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2020/02/Fluxo-de-opera%C3%A7%C3%B5es-do-crime-organizado.pdf>. Acesso em: 29 fev 2020.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. *O ativismo judicial e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto.. “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo”. In: *Temas de direito constitucional*, tomo I, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 21, p. 82-122, 2011.

BARROSO, Luís Roberto.. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”. (*Syn*)*Thesis* (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

BAUM, Laurence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas em la edad Del riesgo*. Antídodos. La irresponsabilidad organizada. Barcelona: El Roure, 1998.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial*. Em Busca da Segurança Perdida. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Sociedade de Risco Mundial - Em Busca da Segurança Perdida. Edições 70. Edição do Kindle. Lisboa: Edições 70, 2015.

BIRMAN, Joel. *Arquivos do Mal-estar e da Resistência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

BORK, Robert H. *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*, 2003.

BRAMATTI, Daniel; TOLEDO, José Roberto. “O material jornalístico produzido pelo Estadão é protegido por lei”. *Estadão*, 4 set. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/A1a2g8>>. Acesso em 17 jul 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=271349>. Acesso em: 23 jan 2020.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1998.

CARDIA, Nancy (Coord.). *Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação a violação de direitos humanos e violência: um estudo em 11 capitais de estado*. São Paulo: Nevusp, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/0ny4Gp>>. Acesso em: 17 jan 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. “Quem é o juiz que aplica a pena?” In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (orgs.). *Direitos humanos em evolução*. Joaçaba: Unoesc, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Estudos avançados 18 (51). Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2004.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora RT, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2020.

COELHO, Hamilton Antônio. “Desaposentação: um novo instituto?” In: *Revista de Previdência Social*, São Paulo, v. 228, p. 1130-1134, nov. 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Glosas ao ‘verdade, dúvida e certeza’, de Francisco Carnelutti, para os operadores do Direito”. *Revista de Estudos Criminais*. n. 14. P. 94. Ano 4. Porto Alegre: PUCRS, abr.-jun.2004.

DORF, Michael. *No litmus test: Law versus politics in the twentieth century*, 2006, xix.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica de Gildo Sá Leitao Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FREUD, Sigmund. “Notas psicanalíticas sobre um relato autobiográfico de um caso de paranóia (*dementia paranoides*)”. In: *O caso Schreber, artigos sobre técnicas e outros trabalhos, 1911-1973*. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 27, vol. XII.

FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Texas Law Review 84:257, 2005.

GARAPON, Antonie. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1964.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, 2001.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. *A influência do realismo jurídico americano no direito constitucional brasileiro*, mimeografado, dissertação de mestrado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor José Reinaldo Lima Lopes.

GIAMBIAGI, Fabio; PINHEIRO, Armando Castelar. *Além da Euforia*. Riscos e lacunas do modelo brasileiro de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus, 2012.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Valencia : Tirant lo blanch, 1999.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. 3. Ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. “Atlas da violência 2019”. Orgs. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

KARAN, Maria Lúcia. (org). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KENNEDY, Duncan. Legal education and the reproduction of hierarchy. *Journal of Legal Education* 32:591, 1982.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. 290 p.

MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. *Novos Estudos-CEBRAP*. n.º 58, novembro 2000. p. 183-202. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 29 fev 2020.

MERCADO, Pedro. “Proceso de globalización, el estado y el derecho”. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid : Ediciones Akal, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. “Ativismo Judicial como Conceito

Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito: As razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém”. In: DIDIER, Fredie Jr. et al. (Coord.), *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 525-546.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del big crunch en la selección de bienes jurídico-penales: especial referencia al ámbito económico”. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid : Ediciones Akal, 2005.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “El paradigma de la seguridad em la globalización: Guerra, enemigos y orden penal”. *El derecho penal frente a la inseguridad global*. Albacete: Bomarzo, 2002.

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

POST, Robert; SIEGEL, Reva Roe rage: democratic constitutionalism and backlash, *Harvard Civil Rigts-Civil Liberties Law Review* 42:373, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial-Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. Revisão Técnica e de tradução Álvaro de Vita. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO Lilian Lopes; ARAÚJO, Jair Andrade de; FEITOSA, Débora Gaspar. Crescimento pró-pobre? “Uma análise para os meios urbano e rural no Brasil”. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). *Pesquisa e Planejamento Econômico - PPE*, v. 45, n. 1, dez. 2015. p.155-176. Disponível em: <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/index>.

SADEK, Maria Tereza Aina. “Poder Judiciário e democracia: uma visita a ‘O Poder Judiciário no regime democrático’”. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SHAPIRO, Martin. “Judicial Independence: New Challenges in Establish Nations”. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 20. 2013. p. 255.

SILVA, Alexandre Garrido da. “Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas”. *Revista de Direito do Estado*. 12:107, 2008.

STRECK, Lenio Luis; SALDANHA, Jânia Maria. “Ativismo e Garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: DIDIER, Fredie Jr. et al. (Coord.), *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 395-428.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Trad. Luis Otávio de Oliveira. São Paulo: Ed. RT, 2002.

STRECK, Lenio Luis. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *A ação inibitória na proteção do direito ambiental*. Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

VELOSO, Roberto Carvalho. “O controle social da pessoa jurídica na sociedade de risco”. *Revista do Curso de Direito* (UFMA). Ano I, v. 1 (2011). São Luís: EDUFMA, 2011a. 182 p.

VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes Tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011b.

VIANNA, Luiz Werneck. Juízes e Judiciário: tópicos para uma discussão. In: NALINI, José Renato (Org.). *Magistratura e ética: perspectivas*. São Paulo: Contexto, 2013.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Tradução de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. In: Karan, Maria Lúcia (org). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.