

4.1. Artigos Originais

4.1.1 O Direito Positivo, Direito Penal de emergência, os clamores sociais nacionais e internacionais, seus efeitos e sua eficácia frente ao desenvolvimento e interesses políticos.

G. B. I. CHALITA¹¹; M. J. GRIMONE¹²; M. H. IKEDA.¹³

COMO CITAR O ARTIGO:

G.B.I.CHALITA; M.J. GRIMONE; MH. IKEDA. **O Direito Positivo, Direito Penal de emergência, os clamores sociais nacionais e internacionais, seus efeitos e sua eficácia frente ao desenvolvimento e interesses políticos.** URL: [www.italo.com.br/portal/cepep/revista eletrônica.html](http://www.italo.com.br/portal/cepep/revista_eletr%C3%B4nica.html). São Paulo SP, v.11, n.1, p.218-243, jan/2021

¹¹ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1994), graduação em Filosofia pela Faculdade Salesiana de Filosofia Ciências e Letras de Lorena (1989), mestrado em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), doutorado em Comunicação e Semiótica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Atualmente é professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie; professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor da Universidade Nove de Julho - Uninove e professor do IBMEC-SP. Secretário de Estado da Juventude, Esporte e Lazer do Estado de São Paulo (2001/2002); Secretário de Estado da Educação do Estado de São Paulo (2002/2006). Presidente do CONSED - Conselho Nacional de Secretários de Educação (2003/2006). Presidente da Comissão de Educação da Câmara dos Deputados (2013). Secretário Municipal de Educação de São Paulo (2015/2016). Membro da Academia Paulista de Letras, tendo sido presidente da instituição por dois mandatos. Membro da Academia Brasileira de Educação e Membro da UBE - União Brasileira de Escritores

¹² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em História pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo. Professor titular de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Universidade Paulista UNIP. Coordenador e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Ítalo Brasileiro. Advogado. Pesquisador. E-mail: marcelo.grimone@italo.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5226141004904947>. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-3111-5914>

¹³ Advogado. Possui graduação em Direito pela Universidade Paulista. Possui graduação em Administração de Empresas pelo Centro Universitário – FEI. Professor do Centro Universitário Ítalo Brasileiro. Mestrando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Unifal em Pesquisa, São Paulo SP, v.11, n.1, jan/2021.

Resumo

O presente artigo é uma breve discussão e análise crítica acerca do embate entre o direito penal de emergência e os clamores sociais, que influenciam a criação de leis, sua efetividade e eficiência frente aos resultados produzidos na sociedade. O texto aponta a existência de movimentos sociais mobilizados através dos direitos humanos direcionados ao estado de exceção e revela um autêntico poder centrado no ser humano. Estabelece também um breve e filosófico debate acerca da necessidade de uma resposta aos clamores sociais, frente ao direito ético e eficiente.

Palavras-Chave: Processo Penal Constitucional, Garantismo e Medidas de Emergência, Filosofia do Direito, Direitos Humanos, História Social, Direito Natural, Direito Positivo.

Abstract

This article is a brief discussion and critical analysis about the clash between the emergency criminal law, the social claims that influence the creation of these laws, their effectiveness and efficiency in the face of the results produced in society. The text points to the existence of social movements through human rights to the state of exception and reveals an authentic human-centered one. A brief and philosophical debate about the need to respond to social claims, in the face of ethical and efficient law.

Keywords: Constitutional Criminal Procedure, Guarantee and Emergency Measures, Philosophy of Law, Human Rights, Social History, Natural Law, Positive Law.

.

Introdução

Com foco no atual estado vivido pela humanidade, que promoveu o debate entre direitos sociais e direitos individuais, foi suscitada uma discussão contemporânea acerca do embate direito positivo (norma) e direito natural (justiça) que envolve os juristas, ainda no século XXI, dilema produzido pela Antiguidade com sua provável solução num constante debate promovido por todos os ramos do Direito.

Para o Direito Natural, o direito surgiu como parte de uma construção de ordenamento natural, entre gregos e romanos, a lei posta surgiu como parte da religião. Os antigos códigos das cidades reuniam um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e, ao mesmo tempo, de disposições legislativas. As normas sobre direito de propriedade e de sucessão estavam dispersas entre as regras relativas aos sacrifícios, à sepultura e ao culto dos antepassados.

Pelos pensamentos dos filósofos antigos, verifica-se uma profunda análise na formação e compreensão da ordem do mundo, onde o caos e a desordem beiram a injustiça, enquanto o cosmo buscava um ordenamento com equilíbrio e justiça.

Esse equilíbrio se traduz no processo penal atual, em que o réu destinatário da sanção deve percorrer os trajetos para sua absolvição ou condenação, amparado pelos direitos naturais, transformados em direitos fundamentais. Outrossim, a vítima, num sistema de processo penal equilibrado, deve ser denominada também sujeito de direitos humanos e não colaborado do Estado (*jus puniendi*).

Novamente, com o olhar voltado ao passado, o desenvolvimento e complexidade das grandes sociedades comerciais, econômica, legislativa e política frente à lei, à justiça e ao direito, provocaram mudanças e aprimoramentos constantes durante o processo histórico.

Nesse contexto, cabe a reflexão sobre as consequências geradas na humanidade, em meio a todo esse processo de evolução e diante do Estado de Exceção Sanitário, vivenciado pela humanidade no presente século.

1. Direito: humano e direitos do homem

Os antigos não basearam as leis no enquadramento de obras humanas, mas sim nas origens sagradas, portanto, não é a afirmação vã de Platão, “de que obedecer às leis é obedecer aos deuses”.

O nascer do direito não foi baseado na noção de justiça, mas na de religião, e não era concebido fora dela. Para haver qualquer vínculo de direito entre dois homens, era necessário que houvesse entre eles o vínculo religioso, isto é, que tivessem o culto do mesmo lar e os mesmos sacrifícios. Quando não existisse entre dois homens essa comunidade religiosa, não poderia existir qualquer relação de direito. Assim, nem o escravo, nem o estrangeiro participavam da religião da cidade. O estrangeiro e o cidadão podiam viver lado a lado, durante longos anos, sem nunca admitir a possibilidade de estabelecer um vínculo de direito entre ambos. O direito não era mais do que um dos aspectos da religião. Logo, onde não havia religião comum não poderia existir lei comum.

No entanto, a positivação da lei, na Grécia Antiga, apontou um novo sentido para o Direito, a promulgação da lei e sua revogação nada têm de divino: são assuntos humanos. O direito não é mais uma revelação divina e não representa a vontade dos deuses, nesses termos, é que se pode dizer que o direito se laiciza.

Com isso, a escritura das leis, na Grécia, resultou de processos revolucionários. Transformada a composição dos grupos de poder, fazem-se as leis fundamentais, as “constituições”. Assim é que as Leis e Constituições de Drácon (621 a. C.), em Atenas, põem fim à solidariedade familiar e obrigam ao recurso aos tribunais nas disputas entre clãs. O grande propósito é abolir a justiça familiar, fonte de sangrentos conflitos, e à cidade compete decidir e manter a paz.

Pensando na reflexão grega, diante do justo e da justiça sobre a norma, indaga-se: poder-se-ia alinhar uma sociedade justa? Está a questão colocada. Sócrates discute a justiça com sua vida: é melhor sofrer a injustiça a praticá-la. Sócrates, com seu dilema sobre a lei positiva, o direito e a Justiça, faz de suas indagações das mais atuais, revelando as barreiras para um direito atual justo.

Positivado na antiguidade, o direito natural, proveniente dos deuses, foi substituído pelo poder da autoridade, com o primeiro domínio pelo Imperador, na Roma Antiga; passando às autoridades eclesiásticas, na Alta Idade Média. Uma época vivida sem muita lógica e razão. Posteriormente, no mundo Moderno, houve a maior transformação ocorrida até então na humanidade, onde o direito se tornou contrato social e a Revolução Francesa Código Civil.

Contudo, o problema inicial não foi solucionado, pois o direito no mundo Contemporâneo envolve os sujeitos que participam do culto, ou

Unifaló em Pesquisa, São Paulo SP, v.11, n.1, jan/2021.

do poder, e não engloba a totalidade da sociedade mundial. O problema não está na dicotomia direito natural/direito positivo, mas sim nos destinatários. O direito, como revelação dos deuses, no mundo contemporâneo, deve ser interpretado como solução para as injustiças e não utilizado como instrumento de poder. A proposta de uma norma fundamental deve ser transformada em norma para a humanidade.

O centro da pirâmide não é a formalidade e sim a humanidade (princípio da dignidade da pessoa humana).

Se a positivação do Direito, no mundo antigo, resultou de movimentos sociais que pretendiam a igualdade processual e a justiça dos julgamentos (plebeus versus patrícios, na Roma Antiga), o clamor por dignidade e direitos humanos é, ainda, reivindicação em sociedades que não atingiram elevados níveis de desenvolvimento econômico e social. Em países dependentes do capital internacional, como o Brasil, a luta pela efetivação desses direitos torna-se uma opção de sobrevivência, resistência e superação das desigualdades.

O movimento atual pelos Direitos Fundamentais retoma o ideal de Justiça, mas a roupagem divina agora é revisada pelos direitos humanos, pelas garantias processuais e por julgadores que promovam a justiça.

Uma análise estatística apresentada por revistas científicas de economia, de sociologia do direito e outras sociologias, do atual século, evidencia uma curva ascendente da violência nas grandes cidades e regiões metropolitanas de todo o país. Violência, no seu sentido mais amplo, como a fome, principalmente nas regiões Norte e Nordeste; a insuficiência ou inexistência de serviços públicos; a falta de programas para a gestão da saúde pública, revelada com a pandemia de COVID-19. *Unifal em Pesquisa, São Paulo SP, v.11, n.1, jan/2021.*

19; educação de péssima qualidade (sistemas EADs mercantis) e distante de padrões mínimos; seguridade social (pós-reforma) incapaz de atender aos segurados com dignidade; e, ainda, uma polícia estatal violenta e militarizada, que tem como escopo a defesa do Estado e não a do ser humano.

A narrativa apresentada resume exemplos concretos de violações aos direitos humanos e evidencia que o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e a sociedade nunca se importaram com a efetivação desses direitos. Direitos conquistados, mas nunca efetivados e que, a partir do final do século XX, passaram a ser classificados como investimentos desnecessários e responsáveis pelo atraso econômico do país e do Mundo¹⁴.

Ademais, o empobrecimento da população mundial e o discurso do medo, promovido pela imprensa, produziram, nas últimas décadas, discursos populistas de líderes messiânicos que passaram a defender o armamento da população (retomando ideias fascistas) e o aumento de penas (pacote anticrime no Brasil) como soluções para superar a suposta onda de criminalidade mundial.

No âmbito das relações internacionais, verificamos o enfraquecimento da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial de Comércio (OMC), ou seja, destruição da utopia do pós-guerra da construção e o fim do projeto filosófico kantiano¹⁵.

O populismo fez crescer as tensões internacionais e enfraqueceu a solução pacífica aos litígios entre as nações, através do diálogo. Em relação à mídia internacional, a propaganda ideológica tem como força

¹⁴ OLIVEIRA, Graziela. *Dignidade e direitos humanos*. Curitiba: Ed. UFPR, 2003. p. 7.

¹⁵ KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: um projeto filosófico*. Petrópolis: Editora Vozes, 2020. Unifal em Pesquisa, São Paulo SP, v.11, n.1, jan/2021.

motriz a defesa da liberdade individual e da segurança, através do poder de polícia¹⁶ e do aclamado Estado Mínimo.

Ideias liberais que marcaram a humanidade pela pobreza, escravidão, Imperialismo e inúmeras guerras renascem através do discurso do pensamento econômico e supostamente consensual.

Assim, os movimentos sociais, ambientais, relacionados à comunidade LBGT +, aos movimentos dos afrodescendentes, que resistem a esse novo processo de apropriação da liberdade e da igualdade, são classificados, novamente, como movimentos perigosos, ameaças ao suposto Estado de Direito.

2. A linguagem dos direitos do homem

Adentrando aos tempos contemporâneos com o direito positivado, centrou-se a ideia de Justiça voltada ao ordenamento jurídico na lógica da decisão.

Inspirado na lição e pelo chamamento de Tércio Sampaio Ferraz Jr¹⁷, observa-se que os fenômenos do direito, até os dias de hoje, percorrem diversos meios com o escopo de desvendar os mistérios do princípio e do fim da sociabilidade humana. Posto que todo o caminho a ser desvendado seria por bem ter a ponderação e a colaboração em busca do equilíbrio.

¹⁶ O poder de polícia pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVII, compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança. Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013).

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2016

Unifal em Pesquisa, São Paulo SP, v.11, n.1, jan/2021.

Adentrando ao papel do iluminismo, em nosso estudo, como parte da ciência, Michel Villey teceu considerações acerca das Declarações contemporâneas que podem ser consideradas um remédio contra a desumanização positivista do direito que se aprofundou no século XX, afastando-o totalmente do conceito de Justiça (direito natural)¹⁸.

Os Direitos Humanos, produto da época Moderna e do combatido direito natural, são caracterizados como uma ideologia da própria filosofia moderna, que deslocou Deus e elegeu o progresso, o novo mito cultivado nos tempos de iluminismo, e colocou a esperança na grande máquina estatal desenhada por Hobbes¹⁹ – o deus terrestre – o Leviatã²⁰.

Desse modo, “doravante, a Declaração de 1789 não foi relevada pelos positivistas, pela ciência dogmática. Para essa corrente, aceita pela maioria dos juristas, as fontes do direito estão na vontade arbitrária dos poderes públicos e não na busca pela justiça”²¹.

Sobre esse aspecto, Maria do Rosário Laureane Santos explica que:

A palavra justiça tem origem no vocábulo latino iustitia, formado a partir do substantivo neutro ius, que primitivamente significava fórmula religiosa com força de lei; depois, evoluiu para direito, justiça e, por extensão, tribunal, magistrado. O substantivo ius está também na origem de iurare, isto é, pronunciar uma fórmula sagrada, donde jurar, e na origem de iustus, a, um, que significa conforme ao direito,

¹⁸ VILLEY, Michel. *Le Droit et Lês Droits de L'Homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.

¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2015.

²⁰ VILLEY, Michel, 1983, op. cit.

²¹ Ibid.

justo e justiça. A palavra ius está ainda relacionada com os seus compostos, por exemplo, in-iuria²².

Ocorre que, a ciência positiva, baseada em fatos, por vezes, é incapaz de solucionar o complexo relacionamento do ser humano e sociedade.

Porém, o ser humano é um animal usurpador que vive em sociedade e tem, por vezes, a necessidade de um inimigo social, assim, algumas lideranças aproveitam-se dessas oportunidades para impor suas ideias frente à sociedade, surgindo nesses embates os chamados dominantes que, se revelam como a solução dos problemas sem o preparo necessário.

Thomas Hobbes²³ (1588-1679), autor do clássico *Leviatã*, foi o responsável por divulgar a célebre frase: "o homem é o lobo do homem", inserida no seu livro mais famoso.

Parece-nos claro que o enfoque principal é o garantismo, termo que tem suas raízes na França, no século XIX, e que teve, em 1970, um grande precursor "Luigi Ferrajoli" no movimento intelectual, na Itália.

Nesse sentido, as regras contra todo e qualquer ser humano devem ser respeitadas e garantidas, sim, as condenações precisam ocorrer para que haja a imposição de limites aos desregrados, porém com as garantias penais e processuais penais de nossa Constituição.

Baseados no desenvolvimento de toda a história, com o enfoque ao processo penal constitucional, garantismos e medidas de

²² SANTOS, Maria do Rosário Laureane. Aspectos culturais da concepção de justiça na Roma Antiga. *Cultura, Revista de História e Teoria das Leis*, v. 30, p. 141-147, 2012. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cultura/1643>. Acesso em: 10 out. 2020.

²³ Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Petrópolis: Editora Vozes, 2020
Unifal em Pesquisa, São Paulo SP, v.11, n.1, jan/2021.

emergência, destacamos a política criminal no processo de mudança social com propostas diversas do direito penal, elencando o desenvolvimento criminológico, onde apareceram inúmeros princípios, tendendo à mudança da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação.

Podendo subdividir a política criminal em vários estágios na persecução penal, seja na fase policial, judicial ou no cumprimento da pena.

Aprofundando no direito penal de emergência, atualmente, depara-se com um novo contexto em face da globalização, do interesse do Estado em intervir na ordem econômica, na evolução do modelo clássico de criminalidade, nas alterações legislativas constantes com interesses políticos, que resultam na chamada sociedade de risco evoluída.

Diante do ocorrido, no ano de 2020, quando um desconhecido vírus se alastrou pelo mundo, ocasionando a crescente disseminação do chamado “Coronavírus (Covid-19)”, no Brasil, especificamente, foi acarretada uma série de medidas por parte do Estado brasileiro, inclusive com a edição de Legislação específica para o enfrentamento do que se denominou uma pandemia, difundida pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Sendo assim, reforçou-se o pensamento em torno do direito penal de emergência em dois pontos: o primeiro voltado para uma população amedrontada, uma sociedade de risco e a convivência com um vírus, ocasião em que pudemos observar que não só na criminalidade se faz uso de uma resposta rápida à sociedade, mas o inimigo pode ser qualquer um.

Realçou-se um sistema Legislativo de Exceção Sanitária, quando foi editado o Decreto Legislativo nº 6, pelo Senado Federal, com a instituição de uma Comissão Mista no âmbito do Congresso Nacional, composta por 6 (seis) deputados e 6 (seis) senadores, com igual número de suplentes, tendo como objetivo, o acompanhamento da situação fiscal, da execução orçamentária e financeira de medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao Coronavírus (Covid-19).

E o segundo ponto foi caracterizado pela emergência humanitária em virtude da superpopulação de encarcerados diante da emergência sanitária, acentuando-se o colapso que o sistema prisional brasileiro vem passando. Posto isso, indaga-se: isso daria o direito de exceção aos que estão reclusos no sistema prisional?

A palavra Exceção origina-se do latim “*excipio*”, que significa tomar, apanhar de seu lugar de origem, perder algo que se é próprio. Diante da pandemia do vírus e da repercussão no sistema jurídico do Poder Judiciário, aspectos como a conclamação, pelas autoridades locais, para o isolamento social, medidas de restrição do comércio, isolamento de algumas cidades, pode-se constatar múltiplos exemplos da tese de que vivemos um Estado de Exceção Sanitário.

Foi Walter Benjamin quem teorizou o “estado de exceção” como regra. O tema aparece já como questão central em *Origem do drama barroco alemão*, de 1925, e nos textos escritos no contexto do livro *Passagens*, sobretudo em *Sobre o conceito da história*, de 1940. É na oitava dessas teses sobre o conceito de história, que a noção de estado de exceção aparece em todo o seu significado. Para Walter Benjamin:

Unifal em Pesquisa, São Paulo SP, v.11, n.1, jan/2021.

A tarefa de uma crítica da violência pode ser definida como a apresentação de suas relações com o direito [Recht] e a justiça [Gerechtigkeit]. Pois, qualquer que seja o efeito de uma determinada causa, ela só se transforma em violência, no sentido forte da palavra, quando interfere em relações éticas.²⁴

Segundo o filósofo, do ponto de vista do direito natural, não haveria “problema nenhum no uso de meios violentos para fins justos”. Porém, ele opõe a esse o problema da legitimidade dos meios, colocado através da tese do direito positivo, ou positivado, que não justifica os meios pelos fins, mas julga o direito pelos meios: “se a justiça é o critério dos fins, a legitimidade é o critério dos meios”²⁵.

Portanto, afetadas as relações éticas, surge a violência na sociedade com a cobrança de uma resposta, enfatizando o direito penal de emergência, onde o apego ao clamor popular, na divulgação midiática de massa, com a impunidade generalizada quando ligada à criminalidade e, muitas vezes, com os interesses pessoais de políticos oportunistas, passam a construir normas baseadas em um poder leigo e irracional, normalmente com o endurecimento das normas penais como resposta da segurança pública.

Esse efeito tem por resultado a criação de leis desconexas com finalidades injustificadas, que acabam por englobar e prejudicar a sociedade como um todo.

Ocorre que, com uma população amedrontada, tendo em vista uma sociedade de risco em meio à agressão que pode ser criminal ou geral, o poder midiático que, assustadoramente é tão forte e influente,

²⁴ BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência. Crítica do Poder”. Tradução Willi Bolle. In: BOLLE, W. (org.). *Walter Benjamin, Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie*. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1986. p. 160-175.

²⁵ Ibid.

possui interesses pessoais, o que acaba impondo o pavor no seio da sociedade e, com isso, muitas vezes, influenciando o Estado à percepção de uma realidade distorcida no que tange à elaboração de políticas criminais.

Para a correta elaboração de uma nova legislação, primeiramente, dever-se-ia realizar um complexo estudo científico acerca do problema em si, para depois buscar a solução dos problemas que atingem a sociedade.

Porém, atualmente, com o desenvolvimento midiático em uma velocidade muito rápida, as notícias, principalmente as criminais, destacando-se com ênfase os crimes violentos, que proliferam incontrolavelmente, se destacam ao atingir um personagem influente da sociedade. E quando isso acontece, há uma cobrança seguida de uma obrigatoriedade de resposta direcionada aos governantes para o reflexo de uma sociedade de risco.

Com o clamor público, a politização em benefício dos oportunistas, o despreparo dos legisladores e diversos interesses obscuros, incorremos na criação de todos os tipos de leis, inclusive penais e processuais penais sem eficácia que, de algum modo, acabam por ingressam em nosso ordenamento jurídico, muitas vezes não respeitando os princípios constitucionais e garantidores, por serem muito duras, tendo como sua maior finalidade justificar e responder à sociedade.

O direito penal em caráter de emergência acaba por enfraquecer o Estado Democrático de Direito com leis ineficazes e confusas.

Nessa esteira, José Afonso da Silva²⁶ ensina que:

Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado.

Por tudo isso, é importante, como reflexão, o estudo das mudanças legislativas ocorridas na Itália, a partir da década de 1970, que devido às repercussões midiáticas da sociedade, que pressionavam as autoridades públicas com cobranças em face da criminalidade, em especial a máfia e o terrorismo, gerou-se um ordenamento de leis fortalecendo os poderes da polícia e do judiciário, violando uma série de garantias ligadas ao direito penal, direito processual e da execução penal.

Necessário se faz ter uma visão garantista para que se possa visualizar a lei penal como um todo, buscando e selecionando a proteção dos bens jurídicos em julgamento, valendo-se do respeito pelas normas e pelas premissas do Estado Democrático de Direito.

Assim, se deu início ao direito penal de emergência, com um movimento político-criminal que cresceu ao redor do mundo, baseado sempre nos apelos sociais, influenciados pela mídia e pelos meios de comunicação que, atualmente, são muito mais agressivos.

No Brasil, tornou-se uma constante o poder midiático glamorizar problemas pontuais derivados de uma estrutura criminal já afetada e, com isso, pressionar a sociedade com respeito à cobrança de uma

²⁶ SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

atitude governamental, propondo o endurecimento do rigor da lei. Ocorre que, essa resposta rápida e simplista acaba por criar leis inócuas.

Nesse sentido, podemos tomar como exemplo o direito penal de emergência com a criação de leis, como esta: o regime disciplinar diferenciado pela Lei 10.792/03, oferecida como resposta às rebeliões em presídios, em São Paulo e no Rio de Janeiro, com o endurecimento do sistema carcerário e o confinamento dos presos.

3. A discussão na doutrina: autêntico entendimento dos direitos do homem

Diante do Estado de Exceção do populismo crescente, a resistência para a preservação dos direitos humanos e das garantias processuais está nos movimentos sociais, ambientais e democráticos, que foram responsáveis pela incorporação de uma série de direitos em todas as Constituições Modernas, do século passado. Movimentos que ganharam amplitude mundial a partir do final do século XIX e início do século XX, e formaram a força motriz geradora de uma legislação denominada social, consequência de uma luta para dar efetividade ao princípio da igualdade à humanidade.

Com a atual crise sanitária e a falência do Estado de bem-estar-social, de um lado, o discurso da flexibilização da legislação social (reforma trabalhista e previdenciária) se consolidou em nosso país. Por outro, o processo penal se enfraquece diante do discurso da lei impositiva e da ordem coercitiva.

Somente o entendimento dos direitos humanos, no sentido de conquista desses direitos, poderá se contrapor a essa ideologia que ameaça retirar de todos os ordenamentos jurídicos as conquistas sociais e enfraquecer os princípios que regem o contraditório, a ampla defesa e as garantias do processo penal.

Ao contrário dessa ideologia; a proposta da ONU e dos garantistas, os distúrbios sociais nas grandes cidades, o crescente empobrecimento das populações apontam para a necessidade do reconhecimento e da implementação dos direitos sociais, inclusive como uma forma de superação da atual depressão econômica e o fortalecimento de garantias processuais, como, por exemplo, o juiz de garantia, para evitar condenações de exceção a fim de satisfazer a opinião pública.

O fortalecimento dos direitos humanos e das garantias processuais está no entendimento do processo histórico de conquista desses direitos, uma conquista da humanidade tão importante como o direito à vida e à dignidade.

Como é cediço, os denominados direitos fundamentais apresentam-se como fruto da constitucionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana.

Em decorrência de um inegável movimento mundial que se acentuou após a segunda guerra mundial, a internacionalização dos valores ligados à pessoa humana tem se tornado cada vez mais frequente por meio de instrumentos internacionais multilaterais.

O processo de globalização, mais acentuado após a segunda metade do século passado, tem angustiado as nações civilizadas com a proteção de bens pertencentes não apenas a uma coletividade localizada, mas efetivamente a todos àqueles que habitam este planeta.

Como corolário, a identificação dos denominados direitos de terceira dimensão surge como decorrência lógica de efetivação de direitos inerentes aos direitos de primeira e segunda dimensões, direitos estes expressados em tratados internacionais multilaterais.

Logo, a positivação de direitos da denominada terceira dimensão (como ocorre com os direitos ao desenvolvimento, à paz internacional e, principalmente, a um meio ambiente protegido) tem se tornado uma constante, como decorrência de uma preocupação mundial com vistas à proteção de direitos tidos por difusos, direitos estes pertencentes a toda coletividade.

Conclusão

O embate direito positivo e direito natural, direitos humanos como uma conquista social da humanidade e o garantismo, é até hoje discutido sem um resultado ideal.

Do ponto de vista histórico, os movimentos garantistas, em favor da reforma social e pela transformação social, foram movimentos pelos Direitos do Homem, tanto no sentido individual quanto no sentido social; e sua contribuição para estabelecer e expandir esses direitos foi de enorme importância.

Ainda, em relação aos movimentos sociais, a força midiática se aproveitou das pessoas oprimidas pela ordem cultural, social e econômica, para o domínio e o controle governamental. Nos locais em que os movimentos sociais foram influenciados pela grande mídia ligada aos poderosos, essas pessoas, naturalmente, se juntaram aos protestos de sua vizinhança, aos defensores de liberdades civis, aos defensores dos direitos das minorias e de todos os tipos de pessoas sem direitos – escravos, negros, mulheres, homossexuais ou o que fossem –, bem como aos libertários que acreditavam no desenvolvimento individual e numa nova sociedade, aos diversos tipos adeptos da contracultura ou da nova vida que, por sua vez, exigem seus direitos – desde os vegetarianos até os que se recusam à vacinação compulsória.

Os movimentos sociais que, na verdade, extirparam a ideia de direito para aqueles que participam do culto ou do poder ampliaram as possibilidades e os destinatários do direito.

O direito positivista, que rege as obrigações e os deveres, deve conduzir o controle social sempre no sentido da justa razão. E, com isso, o Congresso que cria as leis de uma nação deve interpretá-las e aplicá-las em sintonia com o desenvolvimento e os desejos da população, porém, atualmente existe uma inversão de valores que acaba por distorcer a realidade dos fatos. A interpretação deveria revelar a íntima vontade da nação, e esta estaria expressa na força dos movimentos populares, nas greves, no grito do campo, na reivindicação estudantil, na luta das mulheres, na força dos movimentos dos afrodescendentes, na resistência da população indígena, na passeata das minorias.

O tripé da justiça configurado como magistratura, ministério público e advogados, principalmente os defensores públicos, deve se ater sempre aos fatos expostos e reais dos acontecimentos. Levando em conta, com moderação, o processo histórico e o direito defendido pelos positivistas, como tecnologia. Ainda se observa que existe um domínio dos interesses dos poderosos contratantes sobre a maioria hipossuficiente. O Direito deve manifestar-se como um objeto de controle para os realmente excluídos e não dos que se dizem ou são intitulados pela mídia.

Em relação aos direitos humanos, eles nasceram da luta dos movimentos sociais e foram acolhidos em todas as Constituições modernas. Direitos dos homens, entendidos como todos os direitos e princípios necessários para uma vivência digna com o outro. Direito-do-homem-com-outro-no-mundo, em sentido mais amplo, os direitos sociais, os ambientais, o direito à vida digna, à igualdade plena e à verdadeira liberdade.

Direitos estes enunciados nas Declarações e enumerados em nossa Constituição que jamais poderão ser suprimidos, pois estão diretamente relacionados ao homem-com-direito. A retirada de direitos do homem dos ordenamentos afetará a própria essência humana.

O processo de unificação econômica, intensificado no pós-guerra, aumentou a distância entre países ricos e países pobres. O capital transformou o mundo insuportável sob o ponto de vista ético: falta de liberdade e informações confiáveis, a fome e as doenças se espalham pelo mundo, a desigualdade entre ricos e pobres aumenta a cada dia, o trabalho escravo e o tráfico de mulheres fazem suas vítimas a cada dia, a destruição ambiental poderá inviabilizar a vida no planeta Terra a qualquer momento.

Esse processo de unificação econômica promoveu a atual crise econômica que, na verdade, é uma crise ética, jurídica e da justiça. A superação da crise é a retomada do sentido da palavra justiça, não mais proveniente dos deuses ou do legislativo, mas sim dos movimentos sociais, autênticos promotores da Justiça.

Assim, coloca-se a análise do direito positivo, direito penal de emergência, os clamores sociais nacionais e internacionais, seus efeitos e sua eficácia frente ao desenvolvimento e interesses políticos.

Por fim, o presente artigo não tem a pretensão de apontar uma solução, mas deseja que a retórica desenvolvida no trabalho aprimore a reflexão dos acontecimentos contemporâneos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4. ed. Brasília: UnB, 2001.

BENJAMIN, Walter. "Crítica da Violência. Crítica do Poder". Tradução Willi Bolle. In: BOLLE, W. (org.). *Walter Benjamin, Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie*. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1986.

BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício de historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

BONACCHI, Gabriella; GROPPI, Ângela (org.). *O dilema da cidadania: direito e deveres das mulheres*. São Paulo: Ed. Unesp, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aula de introdução ao curso: "A Ética no Mundo Moderno"*. Programa do Curso de Pós-graduação-2004. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Previsões e ilusões. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 12, n. 34, set./dez. 1998.

COULANGES DE, Fustel. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DALLARI, Dalmo Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. (Coleção Polêmica).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Unifal em Pesquisa, São Paulo SP, v.11, n.1, jan/2021.

FERRAJOLI. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2016

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 29. ed. São Paulo: Vozes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Introdução, Tradução e Notas de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro; Tempo Brasileiro, 1967.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2015.

HOBBS, Eric J. *Mundo do trabalho*: novos estudos sobre história operária. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. (Coleção Oficinas da História).

HOBBS, Eric J. A cidade, a indústria, a classe trabalhadora. In: HOBBS, Eric J. *A era do capital*: 1848 –1875. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HOBBS, Eric J. *A era do capital*: 1848-1875. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*: um projeto filosófico. Petrópolis: Editora Vozes, 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução Dr. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra, 1962.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 4. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LIMA, Jayme Benvenuto Jr. *Os direitos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: *Direitos fundamenais*. 3. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2000.

MONTORO, André Franco. *Direitos humanos, legislação e jurisprudência*. Vol. 1. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Graziela. *Dignidade e direitos humanos*. Curitiba: Ed. UFPR, 2003.

PEREIRA, Aloísio Ferraz. *Textos de filosofia geral e de filosofia do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

PIOVESAN, Flávia. (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração social*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2012.

SACHS, Igncy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. *Revista Estudos Avançados*, USP, Universidade de São Paulo, v. 12, n. 33, 1998.

SANTOS, Maria do Rosário Laureane. Aspectos culturais da concepção de justiça na Roma Antiga. *Cultura, Revista de História e Teoria das Leis*, v. 30, p. 141-147, 2012. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cultura/1643>. Acesso em: 10 out. 2020.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes. *Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos*. Mato Grosso do Sul: Solivros, 1999.

SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

THORSTENSEN, Vera. *OMC, Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Ed. Fundação Peirópolis, 2002.

VILLEY, MICHEL. *Le Droit et Lês Droits de L`Homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.