

Segurança Pública e Direitos Fundamentais

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO¹
MAURA BASSO²

Resumo:

Tendo em vista o crescimento da criminalidade violenta na sociedade contemporânea e as discussões a respeito do tema, o presente estudo propõe a análise da segurança pública à luz da Constituição Federal. Enfoca duas relações possíveis entre direitos fundamentais e segurança pública: uma diz respeito ao fato da segurança pessoal não integrar o catálogo do art. 5º da CF, o que não exclui a possibilidade de sua inclusão como direito fundamental, via a cláusula de abertura do §2º do mesmo dispositivo; a outra se refere ao fenômeno global da corrosão sofrida pelos direitos fundamentais diante das políticas de segurança pública experimentadas no mundo ocidental nos últimos anos.

Palavras-chave:

direitos fundamentais, segurança pública, violência, prevenção, criminalidade organizada, criminalidade de massas.

Abstract:

Observing the growth of the violent criminality in the contemporary society and the discussions regarding the theme, the present study proposes the analysis of the public safety to the light of the Federal Constitution. It focuses two possible relationships between fundamental rights and public safety: one concerns the personal safety's fact not to integrate the catalog of the art. 5th of CF, what doesn't exclude the possibility of his/her inclusion as fundamental right, saw the clause of opening of the §2nd of the same device; the other refers to the global phenomenon of the suffered corrosion for the fundamental rights before public safety's politics tried in the western world in the last years.

Word-keys:

Fundamental rights, dimensions of the fundamental rights, public safety, violence, prevention, organized criminality, criminality of masses.

¹ Advogado, Doutor em Sociologia, professor dos Programas de Mestrado em Ciências Criminais e em Ciências Sociais da PUCRS.

² Advogada, Especialista em Sociologia Jurídica e Direitos Humanos pela Unisinos, mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS, assessora na 6ª Câmara Criminal do TJ/RS.

“Uma cultura jurídica se constrói na estabilidade daqueles princípios que nós reputamos indiscutíveis e indisponíveis, como patrimônio da civilização, também em momentos de crise.”

Winfried Hassemer

A percepção generalizada de crescimento da criminalidade violenta na sociedade contemporânea coloca o tema segurança pública no centro do debate político e jurídico. Com frequência, fala-se em um direito à segurança pública por parte do indivíduo, o que torna forçosa a reflexão a respeito de uma relação possível entre aquela e os direitos fundamentais.

O estudo da segurança pública à luz da Constituição Federal é de extrema relevância. Para Luiz Eduardo Soares:

Com a promulgação da primeira Constituição democrática brasileira, em 1988, criaram-se condições para uma ampla participação popular e removeram-se as barreiras tradicionais, que excluía o direito ao voto inúmeros segmentos da população. Dado o novo contexto político, as agendas públicas tornaram-se ainda mais sensíveis às demandas da sociedade. Sendo a segurança um item eminentemente popular – sem deixar de ser tema prioritário também para as elites e para as camadas médias –, impôs-se com mais peso à consideração dos atores políticos. O crescimento da violência criminal, ao longo da última década, reforçou essa tendência. Hoje, a questão da segurança é parte não apenas das preocupações estaduais, mas também dos municípios e governo federal, tornando-se uma das principais problemáticas nacionais, seja nas eleições, seja para além delas³.

A abordagem constitucional do tema, igualmente, encontra guarida no Princípio de Estado de Direito. Como princípio constitucional estruturante, é constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. O princípio de Estado de Direito sustenta a “proposição de uma ordem de paz” garantida pelo ordenamento jurídico, o que cria a necessidade de tutelar bens assim reconhecidos pelo sistema jurídico⁴. Cenário no qual emerge o direito penal contemporâneo como instrumento historicamente legitimado de persecução do fim de tutela de bens materialmente resguardados pelo Estado⁵.

A discussão proposta está intimamente ligada ao tema dos direitos fundamentais, fazendo-se necessária, inicialmente, a delimitação conceitual desses direitos. Para SARLET, direitos fundamentais “são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”⁶.

Ressalta o autor:

Assim, com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre expressões ‘direitos do homem’ (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), ‘direitos humanos’ (positivados na esfera do direito internacional) e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).⁷

Segundo lição de BONAVIDES⁸, percebe-se um uso promíscuo dessas denominações na literatura jurídica, ocorrendo emprego maior de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, enquanto o termo “direitos fundamentais” ficaria circunscrito às preferências dos publicistas alemães. BONAVIDES define-os como sendo aqueles direitos que a ordem jurídica vigente qualifica como tais. Esclarece que Carl Schmitt estabeleceu dois critérios

³ in *Novas Políticas de Segurança Pública*. ESTUDOS AVANÇADOS 17 (47), 2003. Disponível na Internet em 02/3/2007.

⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*. Studia Iuridica, Coimbra; Coimbra Ed., 2005.

⁵ Para D’AVILA, tais bens são inafastáveis e conformadores da própria feição desse Estado, impelindo o reconhecimento, na proteção de bens jurídicos, de um princípio constitucional impositivo como princípio geral fundamental, densificador do princípio estruturante do Estado de direito e, em consequência, estruturante de todo o ordenamento jurídico-penal. Em outras palavras, o **princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos** é representativo do dever do Estado em proteger valores cuja densidade impõe uma ascensão na forma de bens jurídicos.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

⁷ Ob. Cit., p. 36.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 560.

formais de caracterização. Por um lado, são direitos fundamentais todos aqueles (direitos ou garantias) nomeados e especificados na Constituição. Por outro, são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, sendo imutáveis ou de mudança dificultada, somente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição⁹.

A imutabilidade também é ressaltada por SARLET:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, §1º, da CF de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não existia consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das 'cláusulas pétreas' (ou 'garantias de eternidade') do art. 60, §4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado¹⁰.

A conhecida característica da universalidade desses direitos surge de sua vinculação essencial com a liberdade e com a dignidade humana enquanto valores históricos e filosóficos¹¹.

BONAVIDES classifica os direitos fundamentais numa perspectiva geracional, entendendo-os vinculados a uma concepção do Estado. Tendo em vista até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos fundamentais propriamente ditos seriam na essência os direitos do homem livre e isolado, em face do Estado. Na acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, e correspondem ao conceito do Estado Liberal. Trata-se de uma liberdade em

princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável. São direitos absolutos excepcionalmente relativizados pela lei e dentro de determinados critérios legais. As limitações são exceções.

Denominam-se os direitos da primeira geração os da liberdade. Foram os primeiros a constarem nas Constituições (direitos civis e políticos), correspondendo ao próprio constitucionalismo do Ocidente. Têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa. A subjetividade é seu traço¹². Os mais característicos são os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

No tocante aos direitos da segunda geração, é importante ressaltar que emergiram no século XX, no contexto de lutas e movimentos sociais pela sua efetivação, tratando-se dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos ou de coletividades. Estão inseridos no constitucionalismo nas distintas formas de Estado social que germinaram por obra da reflexão e das lutas sociais em prol da igualdade e da politização das relações econômicas.

Assim como os de primeira geração, foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico, pois proclamados por Constituições derivadas de revoluções de cunho socialista e também de regimes vinculados à Social Democracia (Constituições do segundo pós-guerra).

Em virtude de sua natureza, que exige do Estado determinadas prestações materiais, passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa. De juridicidade questionada no início, foram eles remetidos à esfera programática¹³.

⁹ Ob. Cit., p. 561.

¹⁰ Ob. Cit., p. 79.

¹¹ BONAVIDES, Ob.Cit, p. 562.

¹² BONAVIDES, Ob. Cit.

¹³ BONAVIDES, Ob. Cit.

Os direitos fundamentais da segunda geração são tão justificáveis quanto os da primeira, sendo incabível recusar-lhes eficácia a partir da fácil argumentação embasada no caráter programático da norma. Em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos de liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que, tão importante quanto salvar o indivíduo, era proteger certas instituições, descobrindo-se um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. Em função disso, determinadas instituições recebem uma proteção especial, sendo de sua essência a limitação e a destinação a determinados fins e tarefas. São garantias institucionais: as que circundam o funcionalismo público, o magistério, a autonomia municipal, as confissões religiosas, a independência dos juizes, a exclusão de tribunais de exceção, etc.

Os direitos de terceira geração, dotados de grande conteúdo humanista e universalidade, cristalizaram-se no fim do século XX como direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou do Estado, tendo como primeiro destinatário o gênero humano. BONAVIDES aponta que Karel Vasak e outros já identificaram cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

E há, ainda, os direitos fundamentais de quarta geração, diretamente ligados à globalização política, contrapostos à ideologia neoliberal e que, verdadeiramente, interessam às sociedades periféricas. São direitos da quarta geração: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

SARLET refere-se a quatro dimensões dos direitos fundamentais, afirmando que esses,

tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos”.¹⁴

A crítica à concepção tradicional das “gerações” de direitos humanos, tem em vista o fato de que as classificações tradicionais — baseadas no critério da evolução histórica —, além de gerarem confusões de cunho conceitual, pecam por não zelar pela correspondência entre as assim designadas gerações de direitos humanos e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento destes direitos. Poder-se-ia falar, então de direitos liberais (civis e políticos) e direitos sociais, econômicos e culturais, adotando-se a terminologia “direitos globais” para os de terceira geração.

As diversas dimensões dos direitos fundamentais revelam

que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando, dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais, que se desprenderam — no mínimo, em grande parte — de sua concepção inicial de inspiração jusnaturalista. Além disso, constata-se a pertinência da lição de Norberto Bobbio, ao sustentar, justamente com base nas transformações ocorridas na seara dos direitos fundamentais e reveladas plasticamente pela teoria das “gerações” de direitos, a ausência de um funda-

¹⁴ Ob. Cit., p. 55.

mento absoluto dos direitos fundamentais. A refutação (no nosso sentir correta) de um fundamento absoluto dos direitos fundamentais, não significa, à evidência, nem a ausência de uma fundamentação histórica, filosófica, sociologia, política, jurídico-positiva e até mesmo econômica dos direitos fundamentais (assim como dos direitos humanos) sem falar na relevância desta fundamentação para efeitos da legitimação dos direitos fundamentais e para a sua implementação concreta pelo Estado e pela sociedade, temática que, todavia, desborda dos limites desta obra. Importante é, neste particular e neste contexto, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano¹⁵.

Os direitos fundamentais, diz SARLET, surgem em um Estado liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção e uma esfera de autonomia individual em face do poder daquele. São apresentados como direitos de cunho “negativo”, pois dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. É notória a inspiração jusnaturalista, participando de seu catálogo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política (voto e capacidade eleitoral passiva).

Quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão, ressalta

que o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movi-

mentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social¹⁶.

Tais direitos distinguem-se por sua dimensão positiva. Trata-se de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Caracterizam-se por outorgarem, ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho. Demonstram uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Foi no século XX, nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, sendo objeto de diversos pactos internacionais.

Ressalta o constitucionalista que os direitos de segunda dimensão não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas “liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores¹⁷. Abrangem, assim, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, mesmo que o cunho “positivo” possa ser o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Os direitos de solidariedade e fraternidade, ou seja, os da terceira dimensão apresentam, como nota distintiva, o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular. Diz que esses se destinam à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizam-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. “Têm por destinatário precípua ‘o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.’”¹⁸. Os mais citados são o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambi-

¹⁵ SARLET, Ob. Cit., p. 62.

¹⁶ Ob. Cit., p. 56.

¹⁷ São exemplos: o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, etc.

¹⁸ Ob. Cit., p. 58.

ente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Distinguem-se, basicamente, por sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, como é o caso do direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, mesmo tendo uma dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

Existem dúvidas no tocante à atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direito à autodeterminação, à paz e ao desenvolvimento), especialmente quanto ao fato de serem essas reivindicadas como autênticos direitos fundamentais. Devem ser compreendidos como tais, todavia, tendo em vista que os direitos da terceira dimensão são direitos de solidariedade ou fraternidade, de implicação universal ou transindividual, existindo esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação¹⁹.

No que tange à sua positivação, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais ainda não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, destacando-se um grande número de tratados e outros documentos transnacionais relativos à matéria.

Segundo SARLET, costumam ser feitas referências às garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, considerados por parte da doutrina também como direitos da terceira dimensão. Para alguns, contudo, já se cuida de direitos de uma quarta dimensão. Esses direitos, “em franco processo de reivindicação e desenvolvimento”, correspondem, na verdade, a facetas novas surgidas do princípio da dignidade da pessoa humana. No mais das vezes, cuida-se da reivindicação de novas liberdades fundamentais.

Acerca dos direitos fundamentais da quarta dimensão, diz haver uma tendência em reconhecê-los. Ainda se aguarda, no entanto, sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Ao menos parcial e embrionariamente, alguns destes direitos, como os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, encontram-se consagrados na Constituição Federal, de modo especial no preâmbulo e no Título dos Princípios Fundamentais.

O aprofundamento do estudo faz surgir duas inquietações distintas: (1) a não inclusão do termo segurança pública, ou no mínimo “segurança pessoal”, no catálogo de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal e (2) o fenômeno, observado em diversos países, de significativas restrições aos direitos fundamentais, propiciadas por agentes do Estado em nome da segurança pública.

SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No tocante à primeira, salienta-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA) prevê em seu art. 7º o termo segurança pessoal:

Art. 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. (...)

A Constituição Federal do Brasil dispõe acerca de segurança pública no Título V – DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS. Dispõe o caput do artigo 144 da CF:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

A abordagem proposta sobre direitos fundamentais acaba por remeter ao estudo acerca da cláusula de abertura propiciada pelo §2º do art. 5º da CF, que permite afirmar que, mesmo sem estar expressamente prevista, a segurança pública ou pessoal pode ser considerada direito fundamental.

¹⁹ SARLET, Ob.Cit.

Dispõe o art. 5º do art. 5º da CF,

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É SARLET²⁰ quem discorre sobre o significado e o alcance da cláusula de abertura e a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais. Salienta que o rol do art. 5º é analítico, mas não tem cunho taxativo. Quanto à distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e material, utiliza-se de H Hesse, que define os primeiros “como aquelas posições jurídicas da pessoa - na sua dimensão individual coletiva ou social - que por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais” e os segundos como “aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”²¹. Há, então, segundo o autor, uma dupla nota de fundamentalidade inerente aos direitos fundamentais. Destaca que existe quem advogue pela conceituação de uma terceira categoria - a dos direitos apenas formalmente fundamentais.

O constitucionalista afirma ser crucial a questão referente à dificuldade em identificar, no texto constitucional ou fora dele, quais os direitos “que efetivamente reúnem as condições para poder ser considerados materialmente fundamentais”.

As fontes dos direitos fundamentais, fora do catálogo, podem estar em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais ou internacionais²².

Não resta dúvida de que a abertura material abrange os direitos individuais, aqueles de cunho negativo, dirigidos à proteção do indivíduo contra intervenções de Estado, conclusão oriun-

da da expressão literal da norma e da sua localização no texto. Quanto aos direitos coletivos, também são atingidos pela cláusula de abertura, pois há a menção genérica aos “direitos e garantias expressos nesta Constituição”.

Por outro lado, os direitos sociais foram acolhidos expressamente como direitos fundamentais na Constituição Federal de 88, mesmo que dispostos em outro capítulo. Na doutrina internacional está pacificada a noção de que ambos os direitos estão revestidos pela fundamentalidade. Além disso, os direitos sociais previstos no art. 6º da CF e os direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º da CF) são, também, apenas exemplificativos²³.

Constata-se que tanto segurança pessoal quanto segurança pública não fazem parte do catálogo do art. 5º da CF. Não é difícil, contudo, situar a segurança pessoal, elencada no Pacto de São José da Costa Rica, como direito individual ou de primeira dimensão, recepcionado pela Constituição brasileira por meio da cláusula de abertura.

A dificuldade diz respeito à segurança pública. Questiona-se se aquilo que se concebe como segurança pública enquadra-se como direito fundamental e, se positiva a resposta, em qual de suas dimensões. Perquire-se se a hipótese seria de uma espécie de direito coletivo.

Na verdade, quando se fala em segurança pública e por ela se clama, se está a falar em política de segurança pública, ou seja, de uma ação por parte do Estado que garanta segurança pessoal do indivíduo e que possa frear a violência desmesurada.

Para SOARES,

Hoje, o medo da sociedade não é ilusório nem fruto de manipulação midiática. O quadro nacional de insegurança é extraordinariamente grave, por diferentes razões, entre as quais devem ser sublinhadas as seguintes: (a) a magnitude das taxas de cri-

²⁰ Ob. Cit., p.p. 92-98.

²¹ Ob. Cit., p. 95.

²² Ob. Cit., p. 96.

²³ Ob. Cit., p.p.96-97.

minalidade e a intensidade da violência envolvida; (b) a exclusão de setores significativos da sociedade brasileira, que permanecem sem acesso aos benefícios mais elementares proporcionados pelo Estado Democrático de Direito, como liberdade de expressão e organização, e o direito trivial de ir e vir. (c) a degradação institucional a que se tem vinculado o crescimento da criminalidade: o crime se organiza, isto é, penetra cada vez mais nas instituições públicas, corrompendo-as, e as práticas policiais continuam marcadas pelos estigmas de classe, cor e sexo.²⁴

O Estado tem o dever de propiciar segurança aos cidadãos, contendo a violência e garantindo a paz pública. Por essa razão, a segurança pública, na atualidade, converteu-se em argumento político e constitucional para a legitimação da força estatal²⁵. Para tanto, fortaleceu-se o aparato penal com o objetivo de se obter o controle da criminalidade.

Avançando-se nos conceitos de Estado liberal e Estado social, discute-se o de Estado-prevenção, no qual à sociedade geradora de riscos corresponde o Estado orientado à prevenção de tais riscos. Cabe-lhe, então, propiciar segurança ao futuro, identificar situações de risco, prever ameaças²⁶.

Por tudo o que foi visto, tem-se que o direito fundamental à segurança pessoal faz parte da primeira dimensão dos direitos fundamentais, vinculado que está à integridade física, à liberdade pessoal, etc. A segurança pública, por sua vez, pode ser concebida como a dimensão pública da segurança pessoal e, assim como a habitação, saúde, etc., necessita de um agir Estatal, estando situada, por isso, na segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Por duas vias, o direito à segurança encontraria guarida como direito fundamental, por estar no corpo da Constituição, pois previsto em

seu art. 144, e por constar, sob outra dimensão, como segurança pessoal, no art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A CORROSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM NOME DA SEGURANÇA PÚBLICA

No tocante ao outro aspecto, ou seja, à corrosão crescente sofrida pelos direitos fundamentais em razão das políticas de segurança pública hodiernamente adotadas, baseadas no controle punitivo, percebe-se que segurança pública, ao contrário do que se pensa, é tema muito mais ligado às políticas públicas do que ao Direito, podendo efetivar-se, tão-somente, por meio daquelas. Do mesmo modo que, dependendo da opção feita em termos de política pública, os direitos fundamentais sofrerão maior ou menor golpe.

Essas questões são abordadas de modo esclarecedor por Winfried Hassemer, no artigo “Segurança pública no estado de direito”, publicado no Brasil em 1994²⁷.

Segundo o autor, tratar o tema segurança pública por meio de uma política não-conservadora tem trazido muitos problemas. Um tratamento simplificado, do mesmo modo, tem apresentado um cenário perigoso. A tendência é a aceitação de posturas que defendem a exacerbação e a ampliação dos meios de combate ao crime e reduzem o complexo “violência e criminalidade” a duas questões: a possibilidade de investigação por meio da “grande escuta” e a autorização legal para que agentes policiais possam cometer crimes no meio onde tentam infiltrar-se. Temas, aliás, bastante atuais no Brasil (Lei do Agente Infiltrado – Leis 9.034/95 e 10.217/01).

Fala-se em criminalidade organizada de forma incessante, entrando em cena um fenômeno encoberto e ameaçador, pois não se sabe o que é e

²⁴ Ob. Cit.

²⁵ NETO, Theodomiro Dias. **Segurança Urbana - O Modelo da Nova Prevenção**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 74.

²⁶ “O Estado-prevenção é “a maneira como a estrutura política de adequa às características da sociedade que, de forma cada vez mais acelerada, conduz a situações de risco: é a forma política que assume a sociedade de risco” (BARATTA, 1991a:45). Os procedimentos de decisão política e legislativa tendem a se “reorganizar permanentemente como resposta a uma situação de emergência estrutural” (*Ib.*), NETO, Ob. Cit., p. 31.

²⁷ HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no estado de direito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 2, n. 5, 1994.

quem o produz. Sabe-se, apenas, que “é altamente explosivo, pensa-se até que pode devorar-nos todos”²⁸. Em nome do combate a essa criminalidade são feitas profundas incisões nas garantias tradicionais do cidadão frente ao poder de polícia e no âmbito do processo penal.

Não se conseguiu ainda, no plano normativo, chegar a um consenso acerca do que ela consiste. Sabe-se que possui como características: ser um fenômeno cambiante (segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais), apresentando dificuldade de ser isolada; compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (tráfico de drogas, corrupção, etc.), não sendo levada ao conhecimento da autoridade pelo particular; quando existem vítimas, essas são intimidadas a não levar o fato ao conhecimento da autoridade e a não prestar declarações; possui tradicionais solos férteis em bases nacionais, não tendo êxito em outros locais (máfia); dispõe de múltiplos meios de disfarce e de simulação²⁹.

A participação de bandos bem organizados ou a atividade criminosa em base habitual e profissional não parecem critérios suficientemente claros, pois tais características são conhecidas desde que se passou a conviver com a criminalidade moderna. O certo é que, no mínimo, os meios cogitados para o seu controle são de altíssimo calibre e subvertem as estruturas fundamentais do poder de polícia.

Faz-se necessário um conceito útil de criminalidade organizada, no qual seja isolado um potencial de ameaça qualitativamente novo, bem como seja encontrado um núcleo objetivo e palpável. Uma conceituação que permita uma abordagem conseqüente e eficaz nos planos criminológico e da política de segurança pública³⁰.

Outro problema é o da criminalidade de massas, em relação a qual o Estado mostra-se quase sempre incapaz de oferecer resultados efetivos por meio da repressão policial e da ameaça de punição. Ilícitos penais como arrombamentos, assaltos nas ruas, furtos e roubos de automóveis, não parecem ter o seu crescimento afetado pelas políticas tradicionais de segurança pública.

Nesse contexto, os problemas de segurança apresentados são reduzidos aos desejos de exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime. Equivocadamente a repressão torna-se a única saída vislumbrada pelo coro da opinião pública, produzida e amplificada pela mídia de massas. Criminalidade e combate ao crime são tradicionalmente temas políticos conservadores e se adequam privilegiadamente a estratégias populistas.

O tema da criminalidade e seu combate constituem um sutil regulador de sentimentos de ameaça na população, sentimentos poderosos e enraizados, que podem ser prontamente ativados, sobretudo, quando dois fatores convergem na percepção pública: a ameaça é difusa e intensa; e a impotência do Estado em controlar a criminalidade é notória.

C.O. (criminalidade organizada) é um produtor de medo de alta efetividade, os índices de criminalidade aumentam e os de sua elucidação caem. A invocação de Direitos e Liberdades fundamentais no combate ao crime afigura-se nesse contexto anacrônico, ingênuo e teimoso, ao passo que o vocabulário conservador adaptou-se prazerosamente à discussão pública em tais circunstâncias.³¹

No tocante à origem, potencial de ameaça e possibilidades de combate, Hassemer coloca que, na verdade, a população encontra-se amedrontada e agredida por uma forma de criminalidade que nada tem a ver com a criminalidade organizada, mas com a criminalidade de massas. “Quem mistura ambas dificulta uma Política criminal racional”³².

²⁸ Ob. Cit, p. 56.

²⁹ Ob. Cit, p. 59-60.

³⁰ Para Hassemer, “somente quando seja possível influenciar criminosamente a definição, a elucidação ou o julgamento de violações penais é que a estrutura criminosa ter-se-á estabilizado.” Ob. Cit., p.59.

³¹ Ob. Cit, p. 56.

³² Ob. Cit, p. 57.

Importante salientar que essa não é uma posição unânime entre os pesquisadores, e varia também de acordo com o contexto social. A antropóloga Alba Zaluar, por exemplo, coloca a criminalidade organizada em um lugar bem mais central para a compreensão do crescimento da insegurança, especificamente no contexto do Rio de Janeiro, por ela investigado³³:

O argumento que desenvolvi ao longo de 15 anos de pesquisas coloca a existência do crime organizado relacionado ao tráfico de drogas no centro desse furacão. Furtos e roubos são hoje internacionalmente vinculados à necessidade de pagar ao traficante, no caso de usuários, ou de adquirir o capital para manter o negócio das drogas, no caso de traficantes, que usam o poder militar para controlar seu exército de colaboradores e clientes. Ora, mesmo que os crimes registrados não estejam diretamente relacionados à droga, isto não quer dizer que a presença desse novo poder nos países capitalistas não esteja se exercendo até no plano do imaginário, como um modelo, um mapa simbólico. No plano mundial, o crime organizado, que tem estruturas complexas e movimenta um grande volume de dinheiro, não pode mais ser desconsiderado como uma força importante, ao lado dos Estados nacionais, igrejas, partidos políticos, empresas multinacionais etc. Em certos países, como a Itália, o crime organizado chegou mesmo a ser mais importante que o Estado nacional, a Igreja e os partidos. No Brasil, com o Sistema de Justiça ainda voltado para os crimes individuais e desaparecido para investigar os meandros e grupos mais importantes do crime organizado, não temos idéia do impacto que ele hoje tem nas instituições e na sociedade.³⁴

Para Hassemer, é a criminalidade de massas, cuja real persecução tende a zero, da qual a população é vítima real ou possível, que tem efeitos físicos, econômicos, mas, sobretudo, emocionais e atinge o senso normativo. É daí que vem a sensação de desproteção e debilidade diante das ameaças e perigos desconhecidos que nos leva a duvidar do Direito. É instaurada uma dúvida que abala

a expectativa de neutralização de superpoderes sociais em questões centrais da vida cotidiana com os instrumentos do Direito, pois é eliminada a chance de que os mais fracos, os seguidores da lei, possam afirmar-se com o auxílio deste.

As iniciativas policiais, todavia, não atingem a criminalidade de rua. Os remédios deveriam ser de outra natureza: prevenção técnica, policiamento ostensivo, chances de sobrevivência aos jovens, inovações na política de drogas, etc. É incabível compensar a falta de resultados com o aumento da intensidade da ameaça e, em situações particularmente ameaçadoras, desferir-se golpes a esmo.

Quando se aborda o fenômeno da criminalidade de massas em sede de política criminal, a importância da criminalidade organizada é relativizada e o debate se aproxima das necessidades cotidianas dos seres humanos de liberdade e segurança. O atual debate sobre política criminal, contudo, dá a impressão de que a solução do problema está em transferir para as autoridades de segurança pública todos os meios que sempre reivindicaram, para que possam tomar conta da criminalidade organizada.

Isso é falso e enganoso, pois nos últimos anos essas mesmas autoridades têm sido equipadas, em diversos países, com uma gama de poderosos instrumentos legais coercitivos, envolvendo a utilização de agentes infiltrados, delação premiada, observação policial prolongada, escuta telefônica ampliada, proteção de testemunhas, captação e armazenamento de dados pessoais em larga escala, etc.³⁵

O rumo da discussão deveria ser dirigido no sentido de exigir das autoridades públicas esclarecimento sobre o êxito obtido com os instrumentos legais de que dispõem, e com base nesses da-

³³ Segundo Renato Sérgio de Lima, por exemplo, que estudou os homicídios cometidos no Município de São Paulo no ano de 1998, a maioria dos delitos, diferentemente do Rio de Janeiro, resultou de conflitos interpessoais e não tinha relação com o tráfico de drogas e a criminalidade organizada. LIMA, Renato Sérgio de. *Conflitos Sociais e Criminalidade Urbana: Uma análise dos Homicídios Cometidos no Município de São Paulo*. São Paulo: Sicurezza, 2002.

³⁴ ZALUAR, Alba. *Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, v.12 n.35, fev. 1997.

³⁵ Muitos desses métodos de investigação estendem-se a terceiros não-partícipes, Ob. Cit., p. 61.

dos e experiências concretas monitoradas e avaliadas poder-se-ia discutir mais racionalmente sobre a aptidão desses instrumentos.

Esse acompanhamento faz-se absolutamente necessário. Na medida em que o direito processual penal não é outra coisa que não direito constitucional aplicado, e as faculdades coercitivas mencionadas só podem ser distribuídas se esclarecido para que servem e qual o seu alcance. Do contrário, alguns princípios fundamentais do Estado de Direito são sacrificados, com grandes conseqüências para o cidadão, e resultados insignificantes para a redução da criminalidade. Segundo o penalista alemão, mesmo os setores mais liberais e progressistas da opinião pública têm tomado esses meios coercitivos como irrecusáveis para o combate à criminalidade organizada, sendo esse mais um sintoma da fragilidade argumentativa de uma política de segurança não atentatória aos direitos fundamentais.

Quando uma ameaça parece muito intensa, nada mais se mantém imune e intocável. No entanto, “Uma cultura jurídica se constrói na estabilidade daqueles princípios que nós reputamos indiscutíveis e indisponíveis, como patrimônio da civilização, também em momentos de crise”³⁶.

A população, atenta e de boa-fé, tem a expectativa de que a farta distribuição dos poderes investigatórios resolverá os problemas da criminalidade e da violência. Trata-se de uma fraude. Política de segurança pública não equivale a política policial, mas compreende também política criminal, na qual estão inseridas as garantias penais e constitucionais.

No curto prazo, “devemos aceitar que a política de segurança pública compreende não apenas a eficácia como também a justiça e proteção dos Direitos Humanos. Restrições aos Direitos fundamentais devem ser pesadas cautelosamente, devem ser aplicadas concentradamente e, em

todo caso, ser garantidas com instrumentos que permitam seu controle”.³⁷

Do ponto de vista normativo, deve ser resgatado o valor dos Direitos Humanos, que surgiram no campo da segurança pública como resistência aos abusos do Estado e não como barreiras a um sensato trabalho policial. O núcleo dos direitos fundamentais, assim, deve voltar a ser considerado indisponível.

Para assegurar os direitos fundamentais sem inviabilizar a atividade investigatória, HASSEMER aponta possibilidades já conhecidas, agrupadas segundo duas metas: a da concentração e do controle.

Conforme o princípio da concentração da intervenção, quanto mais precisa a coerção em relação ao seu alvo, mais ela se torna tolerável, já que produz menos estragos normativos. Caracterizam esse princípio a vinculação da medida coercitiva à presença de indícios e, no campo da proteção de dados, a vinculação ao fim para o qual os dados foram coletados³⁸.

O controle diz respeito, por exemplo, à competência jurisdicional para autorizar certas ações ou na tutela jurisdicional contra sua efetivação. A regra seria: quanto menos uma restrição aos direitos fundamentais for controlável pelo atingido e pela coletividade, mais inaceitável ela será do ponto de vista normativo.

Por fim, é infundada a suposição de que os meios de coerção ampliados irão atingir apenas o criminoso, como se houvesse uma linha demarcatória que separasse os bons cidadãos dos “outros”. Se acaso existisse essa figura mitológica e ontológica do “criminoso, ladrão, bandido, traficante” (qualquer um desses estigmas), a investigação não seria necessária. Quando se investiga se está a lidar, quando muito, com um suspeito³⁹.

As considerações e inquietações compartilhadas neste trabalho, que de forma alguma pre-

³⁶ Ob. Cit., p. 63.

³⁷ Ob. Cit., p. 68.

³⁸ Princípio da Vinculação ao Fim.

³⁹ “...porque na Europa princípio da inocência continua valendo”. Ob. Cit, p. 68.

tendem, e não poderiam, esgotar a matéria ou fornecer respostas conclusivas acerca do tema, apon-tam ser possível conceber a segurança pública como um direito fundamental de segunda dimen-são, assim entendido como a dimensão pública da segurança pessoal, ambas internalizadas via a cláusula de abertura do §2º do art. 5º da CF. Por

outro lado, alertam para a crescente flexibiliza-ção dos direitos fundamentais em razão de polí-ticas de segurança pública, o que acaba por colo-car em risco o próprio Estado Democrático de Direito em nome do qual elas são implementa-das.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omis-sivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)**. *Stvdia Ivridica*, Coim-bra; Coimbra Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. **Segurança Pública no Estado de Direito**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Cri-minais, Vol. 2, nº 5, 1994.

LIMA, Renato Sérgio de. **Conflitos Sociais e Criminali-dade Urbana: Uma análise dos Homicídios Cometidos no Município de São Paulo**. São Paulo: Sicurezza, 2002.

NETO, Theodomiro Dias. **Segurança Urbana - O Mode-lo da Nova Prevenção**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 74.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos funda-mentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOARES, Luiz Eduardo. **Novas Políticas de Segurança Pública**. *ESTUDOS AVANÇADOS* 17 (47), 2003. Dis-ponível na Internet em 02/3/2007.

ZALUAR, Alba. **Exclusão e políticas públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas**. São Paulo: Revista Bra-sileira de Ciências Sociais, v.12, n.35, fev. 1997.