

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO I**

**GILBERTO GIACOIA**

**ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA**

**RICARDO ALVES BENTO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-322-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

### **Apresentação**

Integrando o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba, Paraná, de 7 a 10 de dezembro de 2016, na linha de extensão e circularidade do conhecimento, em seu desenvolvimento acadêmico-científico, como resultado das atividades de apresentação de artigos ligados pela vocação proposta pelo objetivo temático do Encontro, qual seja o de enfrentamento aos enormes desafios decorrentes dos avanços sociais globais ou locais, de modo a se reclamar cada vez mais a implementação concreta do conceito de sustentabilidade: “Cidadania e Desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, cumpre seu mister o Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, trazendo a reflexão crítica do sistema penal em seu propósito meramente simbólico, de modo a buscar sua inserção no contexto da crise de efetividade do Direito e da Justiça que os dias atuais nos acomete.

Parte-se da renovada importância de manutenção deste espaço de incremento da pesquisa e da investigação acadêmica gestada nos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, tão bem coordenada por seu Conselho Nacional, propiciando, crescentemente, o intercâmbio criativo de ideias e reflexões científicas, de modo a prosseguir contribuindo, decisivamente, ao aprendizado e difusão do conhecimento, por meio de uma produção cada vez mais qualificada.

Nesta perspectiva, os pesquisadores selecionados neste Grupo de Trabalho (“Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”) visitam e revisitam temáticas variadas e inter-relacionadas que vão, a partir do viés crítico da constituição colonialista do sistema de justiça penal brasileiro em sua origem patrimonialista, desde a defesa da antecipação da tutela penal econômica por meio dos crimes de risco na sociedade pós-moderna, ora focando a delimitação do bem jurídico ambiental e a responsabilidade de empresas por danos ecológicos incluindo a consideração do ecoterrorismo, ou a honra nesta mesma tutela sempre permeada e inspirada pelo princípio da dignidade humana; assim transitando em direção a enfoques garantistas na produção, aplicação e execução da lei penal, seja no horizonte criminológico de tipificação de condutas como a do crime organizado ou da lavagem de dinheiro relacionada à exploração ilícita de jogos, ora do caráter simbólico do crime de sonegação de contribuição previdenciária; seja no processo cautelar com uma análise crítica ao instituto da inafiançabilidade; ou na fase execucional no que diz respeito ao caráter punitivo da medida de segurança ou ainda de um estudo da desinternação progressiva como

instrumento de reinserção social; bem como alcançando outras questões processuais relevantes de grande atualidade e importância, como a que compreende a colaboração premiada, o sistema penal aberto pelo olhar do Direito Penal dentro da força normativa da Constituição, como ainda a defesa das audiências de custódia em função dos seus resultados práticos; e, conceitualmente, desenvolvendo abordagens sobre o direito fundamental à segurança jurídica na linha do princípio da proteção deficiente, a recepção teórica do estado de coisas inconstitucional, o processo de impeachment nos aspectos supostamente autoritários da legislação processual penal, enfim, múltiplos focos, mas com o enredo comum de se tentar sustentar uma atuação menos romântica e mais eficiente, ideológica e efetiva da tutela estatal penal.

Conquanto em meio a um momento de crise institucional vivenciada na realidade social brasileira, prossegue o CONPEDI, ocupando seu lugar de destaque engajado na coordenação da política de pós-graduação na área do Direito, neste imenso Brasil de tantas contradições e contrastes, alimentando a esperança e o esforço de continuar inspirando a progressiva construção de uma sociedade melhor e mais justa.

É o que quer ensejar, como mais um contributo nesta direção, esta publicação.

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga - UFPB

Prof. Dr. Ricardo Alves Bento

**O SISTEMA PENAL ABERTO COMO RESULTADO DO PROCESSO DE  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

**THE OPEN CRIMINAL SYSTEM AS A RESULT OF THE  
CONSTITUTIONALIZATION OF LAW**

**Geísa Garcia Bião Luna  
André Luis Costa Barros**

**Resumo**

O presente artigo visa analisar o sistema penal aberto como resultado do processo de constitucionalização do Direito, ocorrido, precipuamente, no período pós Segunda Guerra Mundial, quando se fez propícia e necessária a concretização de ideias de cunho humanista. A referida flexibilização das normas penais, observadas no chamado Pós-Positivismo, visa alcançar efeitos práticos na aplicação da norma, abandonando uma postura estritamente legalista, e, portanto, engessada, para utilizar também os conteúdos ético-valorativos constantes nos princípios gerais do Direito, conforme reconhecimento de sua força vinculativa e seu indubitável caráter normativo.

**Palavras-chave:** Constitucionalização, Direito penal, Dignidade da pessoa humana

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to analyze the open penal system as a result of the law constitutional process, occurred primarily in the post period of World War II, when it made a positive and necessary the realization of humanistic ideas. Such relaxation of criminal law, subject to the so-called post-positivism, aims to achieve practical effect on the application of the rule, abandoning a strictly legalistic approach, and therefore in a cast, to also use the ethical-evaluative content contained in the general principles of law, as recognition of its binding and its undoubted normative.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutionalization, Penal law, Humanization

## 1 INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização do Direito passou por três fases de grande importância, conforme o período histórico considerado.

Primeiro o *jusnaturalismo*, quando se preconizou a existência de direitos inerentes ao homem, desde o seu nascimento, independente da positivação pelo Estado, numa espécie de memória anterior ao próprio homem. Em seguida, o *positivismo*, quando se fez importante a existência de leis (documentos escritos), nas quais ficassem claros os direitos reconhecidos, possibilitando sua defesa.

Diante da ineficácia das duas correntes anteriormente citadas, quanto a solução jurídica dos problemas sociais - a primeira pelo anticientificismo, e a segunda pela tendência ao autoritarismo - e considerando o período Pós-Segunda Guerra Mundial, fez-se necessária uma novel visão do Direito, chamada *constitucionalista*, através de uma interpretação em compasso e equilíbrio com a Magna Carta, esta colocada, então, no centro do ordenamento.

Houve, assim, uma positivação do direito natural, através do chamamento e utilização de valores, principalmente o da dignidade da pessoa humana, amplamente descrito neste trabalho, cerne e ponto de partida dos estados democráticos de direito, promovendo verdadeira releitura das normas.

Mais que isso, a cogência ao legislador e ao aplicador do Direito, de criação, interpretação e utilização dos princípios constitucionais, e seus conteúdos ético-normativos, nas saídas aos problemas concretos.

O sistema penal aberto, surge, nesse contexto, como resultado do pós-positivismo, e da incontestada necessidade em flexibilizar as normas penais para um melhor atendimento e alcance dos problemas sociais, enxergando o ser humano por detrás e além das normas dispostas, propiciando solução mais próxima do social, abrangendo tanto a criação de normas penais, quanto a retirada de tantas outras que não se coadunam com as garantias constitucionais, como também a atualização das já existentes, conforme os ditames constitucionalistas.

## 2 BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO ACERCA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

## 2.1 DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO

A doutrina dá conta das raízes jusnaturalistas desde Platão e Aristóteles, ganhando maior relevância quando do Iluminismo, século XVIII, com as ideias de contrato social.

Trata-se de corrente do pensamento jurídico que defende a existência de direitos que são inerentes à condição humana, que nascem junto com o homem, e o acompanham durante toda a sua existência. Uma consciência preexistente à própria consciência humana, que seria o embasamento para as regras jurídicas postas pelo Estado, com ele não se confundindo.

Na preleção do ministro Luís Roberto Barroso:

[...] consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independe, do direito positivo. (BARROSO, 2013, p. 257)

[...] Apesar das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus (até Séc. XVI); b) a de uma lei ditada pela razão (natureza e razão humanas). (BARROSO, 2013, p. 258)

O jusnaturalismo, assim, influenciou embrionariamente no surgimento e na concentração de um poder legitimante.

A crença na existência de *direitos naturais*, estes entendidos como um espaço de integridade e de liberdade a ser obrigatoriamente preservado e respeitado pelo próprio Estado, impulsionou as revoluções liberais e fundamentou as doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. (BARROSO, 2013, p. 259)

O direito natural, no Estado liberal, converteu em textos escritos o que eram apenas ideais constitucionais, sendo essa sua grande importância e seu ápice.

No início do século XIX, tais direitos, foram finalmente incorporados aos ordenamentos jurídicos, suprimindo a necessidade de segurança na consecução e na promoção dos direitos ditos assegurados. Destarte, por ser considerado metafísico e anticientífico, é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX. (BARROSO, 2013, p. 260)

O positivismo passa, então, a ocupar o lugar do jusnaturalismo, assentado em premissas, destacadas na já citada obra de Barroso:

A ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas e metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; o conhecimento científico é objetivo, funda-se na distinção entre sujeito e objeto no método e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais. (BARROSO, 2013, p. 261)

O positivismo tornou-se, assim, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas; uma espécie de busca da cientificidade anunciada. O Direito estava adstrito a um conjunto de normas em vigor, e era considerado suficiente e acabado, naquele contexto, dispensando, qualquer justificação além da própria existência.

O Direito passava, então, a centralizar o que bastava, representando um lugar seguro e sólido para garantir o que a sociedade desejava e julgava importante. O excesso de formalismo evidenciava preocupação diminuta com o conteúdo.

O positivismo pregava, pois, um Direito imperativo, coativo, com as características de:

[...] aproximação quase plena entre Direito e norma; afirmação da estatalidade do Direito (a ordem jurídica é una e emana do Estado); a completude do ordenamento jurídico, com conceitos e instrumentos subjacentes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema; e o formalismo, entendido como a validade da norma decorrente do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. (BARROSO, 2013, p. 262)

O grande problema trazido a reboque da dispensabilidade de justificativa, acima mencionado, é que o Direito passou a ser utilizado como disfarce para o autoritarismo, e tal situação passou a conflitar com os valores e expectativas do período pós Segunda Guerra Mundial. Um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos não era compatível com o clarão de humanidade que se abateu sobre o mundo.

Importante frisar, que, embora fosse mais fácil ressuscitar o direito natural diante do fracasso do positivismo, tal não se deu.

[...] Na verdade, o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor da dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se. (MARMELESTEIN, 2014, p. 10)

Assim é que superação da ideia de direitos naturais, e a derrocada histórica do positivismo exigiram uma novel reflexão do Direito, sua função social e sua interpretação.

O período intitulado como *pós-positivismo* trouxe, no dizer do ministro Barroso, algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*. (BARROSO, 2013, p. 264)

Tal período migra a ideia central da lei, qualquer que fosse o seu conteúdo, cedendo espaço aos valores éticos e aos princípios, e estes passam a ser o sustentáculo de todo o ordenamento jurídico.

O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem se tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade. (MARMELSTEIN, 2014, p.10-11)

É ao longo do século XIX, que se observa na Europa, a consolidação do Estado de direito, espelhado nos ideais trazidos pela Revolução Francesa, precipuamente na separação dos poderes e na proteção dos direitos individuais. (BARROSO, 2013, p. 265)

O *Estado pré-moderno*, anterior à consagração da legalidade, caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação. Doutrina e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como consequência, também normativo. O *Estado legislativo de direito*, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade.

Destarte, a partir da Segunda Guerra Mundial se observa o verdadeiro nascimento do chamado *Estado constitucional de direito*, caracterizado pela subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. (BARROSO, 2013, p. 266)

A doutrina é uníssona ao considerar como marco histórico do novo direito constitucional, no Brasil, a Constituição de 1988. Ressalte-se, por oportuno, que nesse período, o país estava recém saído de um período longo e de fortes embates, advindo da ditadura militar, e a Magna Carta de 1988, conseguiu intermediar de maneira sólida e suave, do autoritarismo ao Estado Democrático de Direito, este nascido da nítida aproximação da democracia à essa onda de constitucionalismo.

De outro modo, houve na Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra, uma reconstitucionalização, ensejando uma relocação da Constituição, desta vez no centro do sistema, e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. (BARROSO, 2013, p. 267)

Esse novo constitucionalismo conferiu força normativa à Constituição, elevando-a de mero documento político ou um convite de atuação aos poderes públicos. Vejamos:

[...] a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. (BARROSO, 2013, p. 268)

[...] Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. (BARROSO, 2005, p.5)

Importante frisar nesse contexto, que a norma permanece se constituindo em fonte e fundamento aos operadores do Direito. No entanto, agora ela está fortalecida e norteada por um conteúdo ideológico que se faz vinculante como qualquer outra norma. Os princípios são base, são norte e são valor, sem com isso deixar de gerar uma contraprestação obrigatória, para o Poder Público, e também ao particular, ex: dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade.

Está-se, assim, autorizado a dizer, que os princípios são normas jurídicas, daí advinda a consequência de que as disposições constantes na Magna Carta passam de conselhos morais a regras de conteúdo impositivo e obrigatório, reforçando a teoria de Kelsen.

[...] é impossível falar em força normativa da Constituição se, lembrar as ideias de Kelsen, já que, segundo ele, a Constituição encontra-se no ápice do sistema hierárquico das normas, sendo que todas as demais normas, em última análise, buscarão seu fundamento de validade no texto constitucional. (MARMELESTEIN, 2014, p. 12)

## 2.2 A IMPORTÂNCIA DA CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO

O chamado *novo direito constitucional* acontece no pós-positivismo, um meio termo e uma mistura das ideias jusnaturalistas e positivistas. Na preciosa preleção de Barroso:

A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. [...] o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. (BARROSO, 2013, p. 270)

A doutrina pós-positivista, essencialmente calcada em princípios de justiça universalmente válidos, firmou um equilíbrio adiantando-se à mera legalidade, inobstante o reconhecimento da importância da norma vigente.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento da normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. (BARROSO, 2013, p. 272)

O pós-positivismo, desse modo, se firma como um novo modelo, que, embora não despreze o valor dos conhecimentos anteriormente citados, amplia os horizontes desse conhecimento acumulado, precipuamente caracterizado pela força normativa da Constituição.

[...] em torno do positivismo ideológico que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamada de positivismo ético, já que o seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade da pessoa humana. Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. A mesma tinta utilizada para escrever a Declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever as leis do nazismo. (MARMELSTEIN, 2014, p. 10)

### **3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL**

Na preleção do ministro Barroso, a Constituição de 1988 foi incumbida de realizar a travessia democrática do autoritarismo ao Estado Democrático de Direito, contribuindo sobremaneira para o mais longo período de estabilidade política no país.

Com virtudes e defeitos, foi a Constituição que se fez possível nesse período, observando interesses de distintas classes. Foi até o limite da maturação social.

Embora a Constitucionalização do Direito no Brasil derive de um processo recente, a Magna Carta de 1988 foi alocada como centro do sistema jurídico (anteriormente ocupado pelo Código Civil), constituindo-se em supremacia material e formal, eminentemente caracterizada pela normatividade de seus princípios, sendo, atualmente, um verdadeiro sistema em si (força e autonomia).

O universo que a Constituição passou a ser e a formar (nas matérias infraconstitucionais) estabeleceu e fundou um novo modo de explicar, de entender o Direito, numa espécie de reinterpretação das matérias jurídicas, dessa vez, sob uma ótica eminentemente constitucional, de forma que, toda a interpretação jurídica deve ser uma interpretação constitucional. Vejamos:

Este fenômeno, identificado por alguns como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. (BARROSO, 2005, p.27)

Não existe interpretação válida, hodiernamente, se não for feita segundo ditames éticos, principiológicos, valorativos, constitucionais. As matérias infraconstitucionais são realizadas à luz dos ditames constitucionais, porque estão subordinados à Lei Maior, centro do sistema, norte forte e sólido, de todo o ordenamento jurídico.

Centralizando o sistema jurídico, essa força irradia por todo ele, constituindo-se verdadeiramente na força normativa da Constituição, fazendo com que os poderes estatais estejam obrigados a realizar os direitos e garantias ali dispostas, impondo atuação positiva e negativa ao legislador e ao administrador.

### 3.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Konrad Hesse, em sua obra intitulada *A força normativa da Constituição*, desenvolve a ideia de se atribuir à norma constitucional o *status* de norma jurídica. É o reconhecimento do caráter obrigatório de suas disposições; a inarredável obrigação de concretização de suas disposições, valendo dizer que: “[...] as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios da coação, de cumprimento forçado”. (BARROSO, 2005, p.7)

Com isso, refuta a teoria dos fatores de poder, de Ferdinand Lassalle, para quem a Constituição é formada por fatores de poder, ao afirmar que estes são apenas um dos elementos formadores da Magna Carta. Para o autor, a Constituição é quem dá vida ao Estado Democrático de Direito, através de seus princípios norteadores, impedindo o enrijecimento do ordenamento, dando-lhe movimento.

Desta forma, “a constituição converte-se em força ativa se fizerem-se presentes, a consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de constituição.” (HESSE, 1991, p. 19)

Não está assentada ou assegurada somente em relações de poder, mas também, e, sobretudo, nos direitos fundamentais do homem, assegurando-lhe a consecução do que lhe é mais essencial, o núcleo de intangibilidade.

Assim, verifica-se que a Constituição, advinda do poder soberano do povo (nos Estados Democráticos), deve trazer em seu bojo o que há de mais precioso para o homem. Com isso, também é papel da Magna Carta positivar os direitos fundamentais do homem, tanto na sua esfera individual como perante a coletividade. E os direitos fundamentais constituem a chamada “força normativa da Constituição”, na medida em que, ao tentar alcançar a toda a sociedade, buscam impedir que somente os interesses dos fatores de poder sejam protegidos pela Constituição. (VAINER, 2007, p.8)

Vindo o poder do povo, e visando satisfazer suas necessidades, é o lado social da Magna Carta que evidencia sua força normativa, a obrigatória consecução prática do que está previsto somente em teoria. “De acordo com Hesse embora estejam implícitos na constituição os fatores reais de poder, ela também possui uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do estado”. (CRUZ, 2009, p. 7)

### 3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Conforme visto, o processo de constitucionalização das normas infraconstitucionais foi lento, mas firme. A Magna Carta nos estados democráticos de Direito, ocupa um lugar centralizado, conferindo reconhecimento à força normativa dos princípios, bem como a vinculação à consecução do seu conteúdo.

O Direito Penal, por óbvio, também sofreu tal processo, aerando e atualizando a matéria, tanto na formação de novos tipos penais, e na interpretação dos já existentes, como também na retirada do ordenamento das normas obsoletas, em descompasso com a realidade social e normativa.

Assim, há direta e imediata repercussão do direito constitucional sobre o direito penal, assim como nas demais disciplinas infra, mas aqui com especial relevância, porque tratada a liberdade das pessoas e a legalidade das condutas.

O legislador, dessa maneira, em obediência aos ditames constitucionais, deve criminalizar condutas (mais danosas à harmonia social), e descriminalizar tantas outras (que já não encontrem mais justificativas para integrar a seara mais gravosa do Direito), fazendo o caminho inverso.

[...] Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes, assim, como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável. (BARROSO, 2005, p. 41)

A doutrina garantista com frequência suscita a dita constitucionalização, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, precipuamente, questionando as hipóteses atuais de penas privativas de liberdade; se estas, quando realizadas, de fato, viabilizam a realização das funções da pena, hoje resumidas na *retribuição do mal causado, desestimulação ao crime e ressocialização* (esta prevista no Pacto de San José da Costa Rica).

A eficácia das prisões é colocada em xeque, com fulcro no argumento retro mencionado, e precipuamente no fato da não redução da criminalidade com o encarceramento, realidade esta comprovada por índices em todo o mundo. Assim, devem ser aplicadas quando estritamente necessárias, sendo entendido quando tratar-se de *proteção dos interesses constitucionalmente relevantes*.

Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. (BARROSO, 2005, p. 42)

O citado jurista aduz o debate constitucional acerca do Direito Penal quando da discussão da legalidade do aborto do feto anencefálico, sopesando o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, legalidade da conduta, entre outros.

A ponderação de valores se fez necessária para atualizar a norma penal, em atendimento à uma demanda social importante e pungente, cuja solução adveio de uma interpretação mais principiológica do que meramente técnica.

A dignidade da pessoa humana, coluna cervical do ordenamento jurídico pátrio, com seu conteúdo ético e valorativo, traz para as questões jurídico-penais a necessidade em se enxergar o humano que será alcançado pela norma, e o resultado prático da aplicação desta. Daí a autorização do referido tipo de aborto.

Também debatido nesse viés a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, cuja segregação mais rígida poderia violar garantias fundamentais do preso, bem como o uso de tornozeleiras eletrônicas.

### 3.3 *SISTEMA PENAL ABERTO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO*

Decorrente do período clássico, o sistema penal fechado adveio do período que se seguiu à derrocada das ideias jusnaturalistas, caracterizado pela eminente prevalência do que dizia a lei. O que havia de importante estava na norma, que por si só se bastava.

Tal sistema é considerado estritamente positivista, legalista, adstrito ao conteúdo normativo. Sua eficiência foi questionada porque as soluções aos problemas práticos do Direito Penal, não eram satisfatórias, sendo impossível o legislador ordinário prever todas as hipóteses de infringência à norma penal e as correspondentes saídas juridicamente satisfatórias.

Sem dúvida, um momento histórico em que a sociedade buscava segurança jurídica e direitos dispostos na forma escrita.

O Direito Penal, é sabido, não caminha à frente dos fatos, mas à medida que eles acontecem e que se faz premente a intervenção do Estado na harmonia social.

A lógica formal unida ao método dedutivo tornava a tarefa do jurista relativamente simples, vez que a este recaía a mera função de subsumir a premissa menor (o fato concreto) à premissa maior (lei), pelo simples silogismo extraia-se a conclusão. (GIANANTE, 2013, p.4)

O sistema penal aberto, iniciado no século XIX, período pós-positivista, surge diante da dinâmica social, e da necessidade de um Direito Penal mais abrangente, cujo conteúdo estivesse alinhado aos valores ético-fundamentais, precipuamente a dignidade da pessoa humana.

O neokantismo do ano 1907 representa o rompimento com a pretensão de reduzir a análise do crime à constatação de um fenômeno natural, de causa e efeito; resgatou-se o valor científico das ciências do “dever ser”, adequada

ao Direito, vez que este perfilia-se as ciências culturais, consistente num método de compreender e valorar as condutas.

Em verdade, tal linha filosófica evidenciou a urgência em se desenvolver e alcançar decisões judiciais valorativas, onde o magistrado servisse mais do que mero intermediador entre a lei e o caso concreto.

Avançando no tempo, percebe-se que nenhuma das correntes utilizadas trouxe solução na seara criminal, oportunidade na qual nasce o Pós-Positivismo (um meio termo entre o jusnaturalismo e o positivismo), propondo a centralização da Magna Carta no ordenamento jurídico dos estados democráticos de direito, e interpretação constitucional de toda norma infraconstitucional, ou seja, um alinhamento aos comandos principiológicos naquela contidos.

O Sistema Penal Aberto é um Direito Penal mais flexível, aerado e atual, sem com isso ser antigantista ou arbitrário:

O sistema aberto não se confunde com o sistema arbitrário, na realidade aquele vem fechar ainda mais o sistema jurídico, vez que legitima a decisão judicial na qual o positivismo era um claro problema da Teoria do Direito. Isto porque a decisão jurídica está no plano da razão prática. Este problema foi o que Carl Schmitt chamou de “decisionismo autoritário”, a soberania é de quem detém o poder de decidir. Ao introduzir os princípios com carga normativa no sistema aberto, faz com que o mundo da razão prática, a decisão, seja introduzido no mundo da razão teórica do direito, vez que o juiz deverá necessariamente utilizar os princípios na fundamentação de suas decisões. É por esta razão que os princípios fecham ainda mais o sistema, não é qualquer valor que o órgão julgador poderá utilizar em suas decisões, mas somente os princípios universalmente aceitos pela comunidade de juristas e por esta razão que pode se dizer que o sistema aberto na realidade se utiliza de um termo paradoxal. (GIANANTE, 2013, p.13)

O referido sistema, nasce da necessidade do Estado tutelar situações de fato, cuja solução não se fazia pela mera subsunção. A abertura do Direito Penal é o alcance da norma a situações tecnicamente não previstas. É enxergar o efeito que se quer com a aplicação desta, e modular as decisões usando os conteúdos ético-valorativos, por meio dos princípios.

Ao aplicar o sistema aberto ao Direito Penal abre-se uma possibilidade científica de analisar os novos problemas sociais de forma mais adequada à nova realidade, interpretando-se tais normais não mais de maneira rígida, mas conforme a aproximar a norma da realidade social, priorizando a dignidade da pessoa humana, como um valor fundamental do Estado Democrático de Direito, bem como a noção de bem jurídico e fins da pena. (GIANANTE, 2013, p.11)

## 4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sendo o referido princípio cerne do ordenamento jurídico brasileiro, faz-se mister no presente trabalho aduzir quanto ao seu conteúdo.

### 4.1 BREVIÁRIO HISTÓRICO

A Dignidade da pessoa humana deita raízes no pensamento clássico e no ideário cristão. Nos Antigo e Novo Testamentos, encontram-se referências de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus; uma ampliação do horizonte, ligando-os pelo atributo da humanidade, eis que todos, e não somente os cristãos, são dotados de um valor próprio, não podendo, portanto, ser transformados em mero objeto ou instrumento (SARLET, 2011, p.34).

Na Antiguidade Clássica, a dignidade humana estava associada à ideia de posição social e grau de reconhecimento pela sociedade. Em verdade, a dignidade da pessoa dependia da admiração que os outros a ela atribuía, havendo que se falar, portanto, em pessoas mais ou menos dignas, uma espécie de quantificação e modulação desse atributo.

No pensamento greco-romano e em Cícero, vale ressaltar, a dignidade também era vista como uma conquista, o resultado de um fazer e agir dentro da sociedade, atrelada a levar ou não a vida de acordo com os ditames cristãos. É a chamada dignidade adquirida.

Quando o Cristianismo foi disposto como religião oficial do Império, destacou-se a atuação do Papa São Leão Magno, para quem a dignidade tinha um sentido religioso: *o homem feito à imagem e semelhança de Deus, mediante voluntária crucificação de Jesus*. Para ele, o homem é digno porque o Criador o fez espelhado na grandeza de si mesmo, e isso era o bastante. (SARLET, 2011, p. 35)

Na Idade Moderna, durante o período renascentista, destacou-se Pico della Mirandola, autor de um opúsculo sobre a dignidade do homem, que dispôs que a racionalidade humana possibilita decisões sobre sua própria vida, definindo seu destino. Aqui, a ideia de dignidade está atrelada à liberdade em decidir sobre os rumos que se quer dar ao seu futuro. O filósofo aduz que Deus fez o homem com natureza indefinida, para que ele fosse seu próprio árbitro, decidindo sobre seus caminhos.

Para São Tomás de Aquino, a dignidade encontrava-se consubstanciada no fato do homem ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, e também na capacidade de autodeterminação do deste e liberdade inerente à sua natureza, de forma que o ser humano existe por sua própria vontade. (SARLET, 2011, p. 36)

Surge, nesse contexto, Immanuel Kant, tratando a dignidade como ponto de partida de uma autonomia ética, conciliando-a enquanto valor intrínseco, com a noção de moralidade e racionalidade, concebidas como mesmo fundamento e conteúdo da dignidade (SARLET, 2011, p. 42).

A doutrina mais moderna, nas searas nacional e internacional, são majoritariamente alinhadas ao pensamento kantiano, que preconizou a natureza racional do ser humano, a capacidade de autodeterminação, a dignidade como próprio limite do exercício do direito de autonomia, (ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética), e o homem existente como um fim em si mesmo (não como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade).

[...] no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-se infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade. (KANT apud SARLET, 2011, p. 41)

O posicionamento de Kant sofre a incidência de algumas críticas, por seu conteúdo, por vezes, excessivamente antropocentrista. Destarte, a dignidade deve ser vista como um conceito inclusivo, abarcando o respeito à outras espécies, e também o meio ambiente.

#### 4.2 *PERSPECTIVA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL*

Há incontestável dificuldade doutrinária em conceituar o princípio em comento, porque vago e impreciso; porque imenso como um oceano vasto e de desconhecida profundidade.

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão direta do esforço despendido para o clarificar. (ALEXANDRINO, 2013, p.481)

Assim é que torna-se mais fácil determinar as violações à dignidade, do que demarcar seu conteúdo. Muito dessa dificuldade deriva do fato de se querer delimitar, conceituando, um atributo. É o valor próprio que identifica o ser humano como tal. Trata-se de conceito em permanente aperfeiçoamento e desenvolvimento, porque nesta toada está toda a humanidade.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, núcleo axiológico do Constitucionalismo contemporâneo “é valor constitucional supremo que irá informar a criação, interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais.” (NOVELINO, 2012, p. 374)

A positivação da dignidade como princípio constitucional a converte de valor moral para valor tipicamente jurídico, transformando-a em incontestável valor supremo.

Tal corolário, constante no art.1º, III, da Magna Carta, cerne e ponto de partida dos ordenamentos jurídicos dos estados democráticos de direito, descrito pela doutrina e amplamente citado nas jurisprudências pátrias, pode ser assim definido, na lição de Marco Antônio Marques da Silva, em sua obra *Acesso à Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito*:

A dignidade da pessoa humana deve ser entendida como corolário da natureza humana, pois o ser humano deve ser sempre tratado de modo diferenciado em face da sua natureza racional. Manifesta-se em todas as pessoas, já que cada um, ao respeitar o outro, tem a visão do outro. A dignidade existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas.

É cediço que a dignidade é atributo irrenunciável e inalienável, não podendo ser criada, concedida ou retirada, porque com ele o ser humano já nasce. O homem não a adquire no decorrer da sua existência, de acordo com seus atos, como em partes da história se pretendeu demonstrar. Não se trata, assim, de uma característica ou de um adjetivo, porque, também, não se pode perder.

Aduz o mestre e professor Fahd Awad, em seu trabalho *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*:

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo se reduzir o sentido da

dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna; a ordem social visará à realização da justiça social, à educação, ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania.

A dignidade é qualidade intrínseca de qualquer ser humano, sendo valor absoluto, portanto. Não existe ser mais ou menos digno no mundo (não comporta gradações), porque não se adquire e não se perde dignidade em nenhum momento da existência, mesmo diante de práticas delitivas. É inamissível, não pode ser tirada.

O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover este valor. O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna. (NOVELINO, 2012, p. 377)

Frise-se, por oportuno que o fato de ser um atributo não evita a relativização em casos determinados; a ponderação de princípios, quando vislumbrado entre eles um confronto, far-se-á necessária nos moldes constitucionalmente dispostos.

O fato de a dignidade ser algo absoluto, isto é, não comportar gradações, não significa que o princípio da dignidade humana seja absoluto. Ainda que lhe deva ser atribuído um alto peso abstrato na ponderação, o seu cumprimento, assim como o de todos os demais princípios, poderá ocorrer em diferentes graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. (NOVELINO, 2012, p. 376)

Há tanta força na dignidade da pessoa humana que pode-se afirmar que esta não existe apenas onde o Direito a reconhece, embora seja considerada tangível porque assim se decidiu. Por se tratar de um mandamento universal, deve ser respeitada mesmo nos ordenamentos jurídicos onde ainda não foi expressamente aposta.

A dignidade da pessoa humana está na Declaração Universal da ONU (1948), art. 1º, e independe de circunstâncias concretas: “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Tratando-se de atributo intrínseco da pessoa, importante frisar, que mesmo as que cometeram as ações mais indignas e infames, não poderão ser objeto de desconsideração, conforme preleção de José Afonso da Silva.

[...] mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. (DA SILVA, apud SARLET, 2011, p. 54-55)

Nessa esteira, Ingo Sarlet, citando o doutrinador Jorge Miranda aduz que:

[...] o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade. (SARLET, 2011, p. 55)

[...] cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.” (DURING, Gunter apud SARLET, 2011, p. 55).

A inutilidade da conversão da pena em tormenta já era sustentada por Beccaria no século XVIII. Depreender, assim, que pena humanizada é a efetivamente aplicada, com o comprometimento de auxiliar o desviante, e não só de retribuir com um mal, o mal que fora causado. É não o deixar impune, mas aplicar a penalidade previamente existente na lei, após o cumprimento de todas as formalidades legais (devido processo legal e ampla defesa), e na medida estritamente necessária, dispensando tratamentos desumanos e degradantes.

É saber que a delinquência não retira do humano esse atributo, e portanto, não o faz perder o direito ao cumprimento da pena com dignidade. O apenado é um cidadão que tem momentaneamente sua liberdade cerceada, e a suspensão parcial desse direito não lhe arranca a possibilidade de exercício de todos os demais.

Embora as preleções anteriores possam parecer óbvias, é comum no meio acadêmico encontrar alunos sedentos de “justiça” sanguinária, calcados no equivocado raciocínio de que os criminosos perdem o direito de serem tratados com dignidade ao delinquir.

Trata-se, em verdade, de um juízo mediano e extremamente popular, porém, inadmissível a um aluno do curso de Direito. Frequentar, ao menos, cinco anos, os bancos de uma instituição de ensino superior, e sair tomado de convencimento e simpatia por ideias midiáticas é, furtar-se à oportunidade de engrandecer.

As fronteiras dessa “justiça cega” são os pronomes possessivos. A partir do momento que o crime se avizinha, ou mesmo invade a sua casa, perpetrado por alguém que lhe é caro, há imediato despertar protetivo, quase automático.

Embora inexista consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca da dignidade, é certo saber-se quando ocorrem suas violações: tratamento da pessoa como meio para atingir determinado fim, sendo tal tratamento fruto de uma expressão do desprezo por sua condição.

O mínimo existencial proposto é o núcleo intangível; representa tudo aquilo que deve-se manter conservado diante das circunstâncias mais variadas. Nesse sentido, a doutrina é uníssona ao considerar a dignidade humana como *metanorma* (diretriz a ser observada na criação e interpretação das normas); como *princípio* (poderes públicos protegendo e promovendo valores, bens e utilidades indispensáveis); e *regra* (determina o respeito pelo Estado e terceiros). (NOVELINO, 2012, p.379)

Reconhecer-se no outro, e nele enxergar um ponto comum, que é a humanidade, não é tarefa das mais fáceis.

[...] a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação a outra pessoa. Não se trata, destarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor. É por isso que a dignidade do homem é um absoluto, ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos de inamissível, não pode ser perdida. (MAURER apud NOVELINO, 2012, p.376)

Há um entrelace hialino entre a dignidade e a liberdade, esta em sentido abstrato: capacidade potencial de autodeterminar-se, não dependendo da efetivação no caso concreto. Direito de decidir sobre seus projetos existenciais e felicidade, mesmo quando lhe faltar autonomia. (SARLET, 2011)

É a dignidade se concretizando, também, por meio da liberdade de decidir o próprio destino, independente dos objetivos perseguidos se concretizarem, ou seja, a não realização da intenção final da decisão, não elide a dignidade, porque o alvedrio na escolha pôde ser exercido, e isso é o que importa.

A dignidade, portanto, é simultaneamente limite nas ações, para que um não invada a esfera do outro, devassando-lhe as possibilidades; é também tarefa aos poderes estatais, que não podem perder de vista o exercício de responsabilidade e concretização que deve existir nesse sentido.

Recolhendo aqui a lição de Podlech, poder-se-á afirmar que, na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo

considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). (SARLET, 2011, p. 58)

A dignidade, assim, não é concedida pelo ordenamento jurídico, mas este tem o condão de promovê-la e protegê-la, uma vez que “[...] O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna”. (SARLET apud NOVELINO, 2012, p. 377).

O Estado, nessa esteira, deve atuar no sentido de preservar a dignidade já conquistada, mas também promover situações para o seu pleno exercício.

## **5 CONCLUSÃO**

O período pós-Segunda Guerra Mundial modificou o mundo jurídico nos estados democráticos de direito, provocando a releitura deste como um todo.

A Constituição Federal passa para o centro do ordenamento jurídico, ao tempo em que a lei cede espaço aos valores éticos e aos princípios, sendo esse somatório o sustentáculo de todo o ordenamento jurídico.

O Pós-positivismo, então, traz ideias de justiça além da lei, alocando o valor da dignidade da pessoa humana dentro do direito positivo, no topo da hierarquia normativa, numa espécie de positivação do direito natural, convertendo-a de valor moral para valor tipicamente jurídico.

Compatibilizar os clamores de humanidade desse novo período com a ordem anteriormente existente, tornou indispensável a subordinação da legalidade a uma Constituição forte, sólida, central, permeada de conteúdo ético-valorativo, precipuamente humanista.

Exigiu-se, pois, que a norma jurídica, para se legitimar, tratasse todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade.

Assim veio a Magna Carta de 1988, cidadã, direcionada no sentido da consecução dos direitos assegurados, e dotada de força normativa, cujos princípios constituíam-se exatamente dotados de normatividade.

Havendo que se compatibilizar as interpretações infraconstitucionais com os ditames constitucionais, o Direito Penal, assim como os demais ramos do Direito, se adequou a essa nova realidade, migrando de um sistema fechado (rígido, legalista), para um sistema aberto, flexível, e sobretudo, de cunho humanista.

A norma penal permanece, assim, constituindo-se em fonte e fundamento aos

operadores do Direito, no entanto, fortalecida e norteada por um forte conteúdo ideológico, vinculante como as demais normas.

A *proteção dos interesses constitucionalmente relevantes* coloca em xeque as prisões, sob uma ótica fundamentalista, ao questionar a finalidade e o resultado destas ante a redução da criminalidade e a inexorável função da pena, provocando uma reavaliação das hipóteses previstas em lei, entre estas, o Regime Disciplinar Diferenciado, o aborto em feto anencefálico e outros.

A abertura do Direito Penal permite o alcance do Direito a situações fáticas sem estrita correspondência na lei, possibilitando uma análise científica aos novos problemas sociais de forma mais adequada, porque iluminado pela dignidade da pessoa humana.

O referido princípio é atributo inalienável, que não se adquire no curso da vida, e nem depende da positivação para o seu exercício. É qualidade intrínseca, valor absoluto, inamissível, que não se perde mesmo diante do cometimento de delitos, também entendida como a liberdade em decidir seu próprio caminho.

Um Direito Penal aberto, é um Direito Penal humanizado, resultado do processo de constitucionalização, evoluído e aerado, consoante os ideais constitucionais e importante na perspectiva social, de uma aplicação eficaz e comprometida com resultados previstos na norma.

É, portanto, um Direito em movimento para acompanhar a dinâmica social, utilizando a dignidade da pessoa humana como vetor, mas também como mecanismo de proteção coletiva.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

CRUZ, Rodrigo da Silva. **Ferdinand Lassalle x Konrad Hesse: Afinal, qual é a essência de uma Constituição?** Revista Idea. Dez.2009. Disponível em: <http://www.esamcuberlandia.com.br/RevistaIdea2/artigos/2010v1n2art09.pdf>

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

GIANSANTE, Fábio Marchesoni. **O Sistema Penal Aberto e a Constitucionalização do**

**Processo e do Direito Penal.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43078&seo=1>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto alegre, Ed. Sergio Antônio Fabris 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado.** 8.ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 7.ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** Porto Alegre: Justiça do Direito, 2006.

RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANCHES, Rogério Cunha. **Manual de Direito Penal.** 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito,** 2001.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

VAINER, Bruno Zilberman. **A força normativa da Constituição como garantidora da segurança jurídica.** Revista Brasileira de Direito Constitucional. Dez.2007. Disponível em: Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/66430339/RBDC-10-091-Bruno-Zilberman-Vainer>> Acesso em: 29jun16