XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

HERTHA URQUIZA BARACHO

RENATA ALMEIDA DA COSTA

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Thiago Allisson Cardoso de Jesus; Hertha Urquiza Baracho; Renata Almeida da Costa.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-525-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Ambiência de riscos, incertezas e paradoxos, a contemporaneidade brasileira é marcada pela efervescência de diversos paradigmas e teorias, influências notáveis para as políticas criminais, (re)dimensionadas a partir de interesses e racionalidades, alguns declarados e outros implícitos, que se desdobram na forma como o Estado, estrutura-estruturante, lida com os problemas penais aqui experimentados, compatibilizando-se com os preceitos constitucionais e de base garantista-humanitária.

Nessa senda, afigura-se a presente obra coletiva como instrumento fecundo para publicização de pesquisas científicas, reunindo os artigos submetidos e aprovados ao Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II para apresentação no XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado no período de 15 a 17 de novembro de 2017, na linda Ilha de São Luís, no Estado do Maranhão, com esmero organizado a partir da cooperação entre a Universidade Federal do Maranhão e a Universidade Ceuma, com o tema "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça".

Na pauta, a dogmática jurídica-penal, as necessárias reflexões zetéticas bem como a reflexividade garantista para (re)pensar institutos, discutir tendências, analisar o processamento criminal como expressão da mão forte do Estado e discutir (in) compatibilidades com a Constituição nessas quase três décadas de construção permanente de um dito Estado Democrático de Direito para o Brasil, marcado por históricas desigualdades sociais, estruturais e veladas.

Nesse sentido, as discussões, no viés do gênero, acerca do direito ao próprio corpo e a tutela penal do aborto; os paradigmas penais e o instituto visionário da Criminal Compliance; a relevância do planejamento familiar como instrumento de prevenção às práticas abortivas; as análises acerca dos descompassos na efetivação de um Direito Penal Juvenil no que refere-se à instrumentalização cível na fase recursal a partir de pesquisas empíricas realizadas; as contextualmente situadas reflexões acerca da força normativa da Constituição e o arcabouço jurídico-fundamental como centro (e núcleo irradiante) do Ordenamento Jurídico Penal bem como o contributo da obra de Vives Antón para as novas percepções (e concepções) sobre a conduta humana, aplicando-se as diversas expressões das ciências penais corroboraram, indubitavelmente, com a diversidade e profundidade dos temas – e dilemas – aqui tão bem enfrentado.

Por conseguinte, as necessárias inferências acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal na mitigação do Estado de Inocência, considerando sua historicidade e o núcleo essencial da garantia fundamental em comento; a (in)efetividade da tutela penal ante os discursos do ódio; as questões controvertidas acerca da audiência de custódia no Brasil; a negação ontológica e as incompatibilidades constitucionais a partir da teoria e adoção do Direito Penal do Inimigo; os descompassos entre a teoria de Luigi Ferrajolli e a lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro; e as considerações a respeito da dignidade humana a partir de Ronald Dworkin para o contexto do Direito Penal fomentaram as discussões de uma tarde tão fecunda da reunião desse Grupo de Trabalho.

Ademais, contributos sobre as nuances do plágio como ofensa ao direito moral do autor, cuja proposta de descriminalização é analisada sob a luz dos princípios da intervenção mínima e da adequação social; as análises acerca da aplicabilidade da Teoria das Janelas Quebradas como um meio para o controle da criminalidade no Brasil; e as discussões sobre os ciberataques na atualidade e os limites do poder punitivo na tipificação de crimes informáticos.

Em suspense, também, questões sobre a Criminologia Cultural e as concepções relacionais entre crime e cultura na dicotomia da teoria do consenso e do conflito; a (in)visibilidade do cárcere feminino; os efeitos do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional para o caso brasileiro a partir da ADPF 347.

Reunindo pesquisadores por excelência, vinculados às diversas Instituições de Ensino Superior - públicas e privadas, nacionais e estrangeiras; a presente obra que ora apresentamos demonstra a qualidade da pesquisa jurídica no Brasil bem como a audácia, o rigor científico e a vivacidade de seus autores em enfrentar temas necessárias para compreender, reflexivamente, os tempos atuais.

De fato, pesquisar exige cuidados, sobretudo quando a pesquisa chega ao seu ápice! É nesse momento, então, que precisamos deixá-la ir, sem apegos e sem vaidades, inserindo-a no mundo concreto, real, carente de discussões, no qual a Academia, por meio de lutas e resistências, cumprirá o seu desiderato!

Avante!

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Ceuma/ UEMA/ PGCCrim-PUCRS)

Profª.Dra. Hertha Urquiza Baracho (UNIPÊ)

Profª Dra. Renata Almeida da Costa (UNILASSALLE)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

THE REGULATORY STRENGTH OF CONSTITUTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS AS A CENTER FOR CRIMINAL LEGAL SYSTEM

Alexandra Fonseca Rodrigues
Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

Resumo

Será estudada a força normativa constitucional e os direitos fundamentais como centros de ordem axiológica para a aplicação das normas penais. Analisando os direitos fundamentais como a lei do mais fraco e a abertura do ordenamento penal para a Carta Magna e para a política criminal; objetiva-se apontar as dificuldades do sistema criminal para definir os meios de constitucionalização. Entendendo a Constituição como princípio unificador do sistema jurídico; pugna-se pela maior eficácia dos direitos fundamentais na seara penal.

Palavras-chave: Força normativa da constituição, Constitucionalização, Direitos fundamentais, Ordenamento penal, Devido processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

We will study the constitutional normative force and fundamental rights as centers of axiological order for the application of criminal norms. Analyzing fundamental rights such as the law of the weakest and the openness of the criminal order for the Constitution and for criminal policy; It aims to point out the difficulties of the criminal system, to define the means for the constitutionalisation. Understanding the Constitution as the unifying principle of the nacional order system; we´ll fight for the effectiveness of fundamental rights in criminal matters.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional normative force, Constitutionalisation, Fundamental rights, Criminal order, Due process of criminal law

INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma reflexão acerca da importância da força normativa constitucional e dos direitos fundamentais para a interpretação e aplicação das normas que formam o ordenamento jurídico como um todo e, sobretudo, o ordenamento criminal. Destarte, aqui será analisada a relevância de teoria da força normativa constitucional e do posicionamento dos direitos fundamentais como centro do ordenamento jurídico; para que, de posse desses elementos, se alcance um funcionamento mais harmônico e equilibrado do sistema jurídico nacional. E, especial relevo será atribuído ao papel que estes elementos constitucionais podem e devem realizar para um melhor e mais legal funcionamento do sistema criminal brasileiro, tanto em seu viés material quanto no processual. Objetiva-se, portanto, um "abrir de olhos" para a urgência de penetração da axiologia constitucional nos preceitos, institutos e práticas da seara penal.

Para tanto, primeiramente será necessário compreender a teoria da força normativa constitucional nos moldes como foi pensada por um de seus maiores idealizadores, o jurista alemão Konrad Hesse; bem como a importância deste princípio para fomentar a eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, seja em esfera pública ou mesmo privada. Pois, a força normativa constitucional irá determinar que todos os postulados e princípios constitucionais possuem força de norma jurídica, devendo, portanto, serem realizados da maneira mais otimizada possível; e funcionando como os valore fundamentais que devem nortear a aplicação de todas as demais leis infraconstitucionais.

Num segundo momento, será estudada a relevância dos direitos fundamentais para a almejada unificação e ordenação axiológica do ordenamento jurídico; levando-se em conta, sobretudo, os ensinamentos do Mestre italiano Luigi Ferrajoli, ao estabelecer os direitos fundamentais como sendo a lei do mais fraco em detrimento das leis do mais forte, que funcionariam com base exclusiva na vontade das maiorias. Destarte, será analisado, sob um contexto histórico e jurídico, o fenômeno do constitucionalismo; uma vez que este foi o paradigma responsável pela positivação dos direitos fundamentais como vínculos não apenas de forma, mas também de substância, e definiu as balizas para a aplicação e interpretação de toda a legislação ordinária. Com base neste suporte teórico, portanto, poderão ser estudadas, de maneira mais específica, as garantias do devido processo penal utilizadas como meio de efetivação dos direitos fundamentais na esfera criminal.

Finalmente, então, será realizada a análise dos limites que a normatividade impõe ao Direito Penal; de modo que se possa compreender que a dogmática criminal não deve ficar nem tanto fechada em seu próprio ordenamento, mas nem tanto flexível demais, correndo o risco de perder a axiologia que lhe conecta aos valores constitucionais. Será demonstrada, portanto, a dificuldade atual de constitucionalização das normas penais brasileiras; indicando-se os seus principais porquês e, buscando-se alternativas para amenizar tais sintomas. Neste caminho, será verificada a transição da rigidez inicial do código penal até a amplitude trazida pela inovadora disciplina da Política Criminal. Para que, por fim, possam ser pontuadas

as fraquezas do sistema criminalista; objetivando-se possibilitar a adoção de políticas criminais sem uma flexibilização excessiva e que seja promovida a sintonia constitucional sem uma normatividade muito rígida.

Cabalmente, serão elaboradas as conclusões pertinentes, num sentido de auxiliar, com o levantamento dos dados teóricos necessários, o movimento de constitucionalização do sistema jurídico brasileiro como um todo; e, especificamente da seara criminal, por ser uma área jurídica tão importante para a efetivação e diminuição da violação dos direitos fundamentais. Pugnando para que tal disciplina normativa evolua sempre para uma maior proximidade com os preceitos constitucionais, fomentando a eficácia real e direta dos direitos fundamentais e tendo como fim último o atendimento da promoção e preservação da dignidade da pessoa humana.

1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COMO FOMENTO PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No apogeu do liberalismo político e jurídico, o Estado assumia uma função principal: a de não intervenção nas liberdades individuais. Sendo assim, a Constituição gravitava como norma geral e simbólica que lembrava ao Estado suas limitações e protegia os cidadãos do retorno ao autoritarismo, mas não tinha o poder de se imiscuir nas esferas individuais do Direito; de modo que, cabia aos Códigos, primeiramente ao Civil e depois, também ao Penal, proporcionar a tão almejada segurança jurídica e atender aos interesses da burguesia emergente. Neste diapasão, o advento do Estado Social intensificou a atuação do legislador nas variadas esferas jurídicas, endossando a intervenção legislativa no campo privado e a massiva normatização de regras de caráter público que impunham fronteiras às liberdades antes pouco limitadas dos indivíduos, em prol dos interesses gerais da sociedade (SARMENTO, 2004, p.69). Como afirma Zagrebelsky (1995, p.13), a soberania do Estado é substituída pela soberania constitucional de modo que, a Carta Magna torna-se um centro de emanação de força concreta capaz de assegurar a unidade política estatal.

Assim, a Constituição passou a ser projetada para todas as ordens do Direito, gerando uma grande irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos jurídicos, inclusive para a esfera privada. Contudo, este fenômeno que Daniel Sarmento caracteriza como sendo de “ampliação do espaço constitucional”, não bastou para que a Carta Magna passasse a ser vista como o norte para toda a interpretação da legislação ordinária (SAMENTO, 2004, p.69). Um dos grandes obstáculos para esta consagração, foi a doutrinação de que algumas normas constitucionais trazidas pelo Estado Social seriam meramente programáticas, funcionando como ideias a serem alcançados num futuro indeterminado e que, não possuiriam, portanto, eficácia jurídica imediata. Tal raciocínio comprometeu a eficácia material dos direitos fundamentais na esfera privada e na própria esfera pública.

Para superar, portanto, a problemática desta eficácia fundamental fragilizada, faz-se necessário o reconhecimento da força normativa de toda a Constituição, sobretudo dos direitos fundamentais nela previstos e de suas normas de caráter principiológico; o que possibilitaria a visualização de todo o ordenamento jurídico, seja ele público ou privado, como um sistema unitário (SARMENTO, 2004, p.70). No contexto de um Estado Constitucional de Direito, a Constituição Federal há de representar não apenas os limites para as intervenções estatais, como almejado no liberalismo; e nem somente a imposição das prestações estatais positivas reconhecidas com o Estado Social, mas também e, sobretudo, como o centro axiológico norteador de todo o ordenamento infraconstitucional e, exigindo a eficácia direta dos direitos fundamentais em todas as áreas do saber e da prática jurídica.

Luiz Edson Fachin (2000, *passim*), em suas obras dedicadas ao estudo do Direito Civil, afirma que o reconhecimento da força normativa da Constituição seria capaz de operar uma "virada de Copérnico" no Direito Privado, no sentido de que, o mundo jurídico se daria conta de que o centro do ordenamento civil não é o código ou as leis ordinárias que tratam sobre o tema, mas sim a Carta Constitucional. Tal colocação também pode, por seus próprios fundamentos, ser aplicada ao Direito Penal, que tem sofrido com uma avalanche de leis extravagantes editadas sob o pretexto de fomentar a segurança jurídica, mas que, na realidade, são vazias de eficácia.

A ideia é que todos os ramos do direito sejam preenchidos com os valores constitucionais de liberdade, igualdade e solidariedade; os quais, por sua vez, ensejarão uma releitura dos conceitos e institutos tradicionais de cada saber jurídico que, passarão a ser interpretados e aplicados dentro da axiologia do Texto Maior. A Constituição possui, portanto, caráter normativo (GARCIA DE ENTERRIA, 1985, p.105), o que a torna parte primordial e fundante do ordenamento e faz com desta emanem os valores principais que deverão ser seguidos por todas as normas constituintes deste último.

1.1 A importância de uma Teoria da força normativa da Constituição

Ao contrário do que pode parecer, nem sempre a Constituição Federal foi vista como um instrumento jurídico cujas normas possuíam caráter imperativo e na qual os direitos previstos possuíam um caráter de subjetividade, podendo ter seu integral cumprimento postulado em juízo. Pelo contrário, durante muito tempo depois do aparecimento das Constituições escritas, em meados do século XVIII, tais textos normativos foram tidos como simples postulados sociopolíticos, ou melhor, como normas programáticas, que dependiam da atuação do legislador ordinário para ganharem concretude e, só assim, poderiam ser exigíveis dos cidadãos e levadas à apreciação do Judiciário. Isso se devia, em grande escala, principalmente à ausência de uma jurisdição constitucional, como o Supremo Tribunal Federal – à nível nacional - ou a Corte Constitucional Europeia.

Entretanto, com o advento do controle de constitucionalidade, as Cartas Magnas cunhadas nos séculos dezenove e vinte já apresentavam uma grande diferenciação em seu conteúdo, pois afirmavam de maneira expressa que todos os Poderes Estatais e seus jurisdicionados deveriam obedecer às regras constitucionais; determinavam como inconstitucionais todas as normas incompatíveis com os preceitos da Carta superior; além de indicarem, em muitos casos, alguns de seus conteúdos como detentores de eficácia imediata. O jurista Espanhol Eduardo de Enterriá (1985, 298/299), estudioso de Ihering; explica que a Constituição, hodiernamente, passou a ser vista como dotada de uma força vinculante bilateral, pois está é capaz de vincular, ao mesmo tempo às autoridades estatais e aos cidadãos em sua particularidade. E, é justamente este Poder que faz com que a norma constitucional seja a norma superior e fundamental de um Estado; pois esta define as fontes formais do Direito, determinando que os demais regramentos infraconstitucionais apenas terão validade se obedecerem a seus preceitos.

Acontece que o controle de constitucionalidade não foi o único evento responsável por redefinir o papel da Constituição, a emergência do Estado Social também trouxe alterações profundas, posto que consagrou no texto magno direitos sociais e econômicos e exigiu prestações estatais de caráter positivo. A problemática, entretanto, reside no fato de que o pensamento constitucional predominante não atribuiu caráter vinculante à toda a Constituição, mas apenas à sua parte orgânica e às normas consagradoras de direitos liberais e políticos. Os direitos sociais continuavam sendo vistos como simples normas programáticas. Tal entendimento gerou uma crise de juridicidade da Constituição, negando a estas últimas qualquer eficácia vinculante; o que acabou por dificultar em muito o avanço das Constituições sociais.

Felizmente, contra a doutrina tradicional que dividia as normas constitucionais em aplicáveis e não auto- aplicáveis, ergueu-se, a priori, como ensina Daniel Sarmento (2004, pp.72/73), a doutrina do jurista italiano Vezio Crisafulli (1952, *passim),* afirmando que todas as normas constitucionais, inclusive aquelas tidas como programáticas, geram sempre efeitos jurídicos em maior ou menor escala, tendo em vista que: influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico; vinculam negativamente o legislador e a administração, que não poderão agir de modo contrário à norma; e, ainda, impedem a recepção do direito anterior incompatível com a axiologia das regras constitucionais atuais.

De qualquer modo, a carência de eficácia, principalmente das normas constitucionais relacionadas a direitos sociais, colocou a credibilidade constitucional em cheque pela sociedade, posto que o texto magno promete inúmeras garantias de cunho social, mas na prática, tais afirmações tornam-se inócuas. Foi justamente com o objetivo de combater este descompasso entre lei e realidade que o jurista alemão Konrad Hesse (1991, *passim*) criou a Teoria sobre a Força normativa da Constituição. Para ele, a Constituição seria responsável por realizar a dialética entre o mundo do ser e o do dever-ser, que não poderiam ser vistos de maneira separada.

1.1.1 KONRAD HESSE E A TEORIA CONSTITUCIONAL DA FORÇA NORMATIVA

Para cunhar sua teoria, Hesse parte da ideologia de que a realidade social influencia inevitavelmente a Constituição, até porque, quem a aplica é um ser puramente social, qual seja, o homem; bem como a norma constitucional não possui existência autônoma na realidade fática. A doutrina de Hesse surge, portanto, num primeiro momento, como reação às propostas de Ferdinand Lassale (1998, *passim*) de que a Constituição jurídica seria um mero pedaço de papel que nada tem a ver com a realidade, a qual, por sua vez, seria dominada exclusivamente pelas forças políticas, sem nenhuma interferência jurídica, legal ou constitucional (HESSE, 1991, p.09). Pode-se afirmar, então, que Hesse seguiu ideário muito mais próximo da ideia de Constituição normativa defendida por Karl Loewenstein (1986, *passim*); pela qual a Carta Constitucional deveria ser apta a submeter a realidade política a seus regramentos.

Para Hesse (1991, p.11), portanto, apesar do fato de realidade jurídica e realidade fática serem distintas, deve-se "admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado". Ou seja, a Constituição deve possuir uma pretensão de eficácia, de modo que, o legislador constitucional deve fazer o máximo esforço para ordenar o fato social e conseguir realmente influir sobre ele (SARMENTO, 2004; p.76). A essência da Constituição não estaria, então, como afirmava Lassale, contida na realidade das forças políticas, sociais e econômicas – o que transformaria o texto magno em letra morta-; mas, a essencialidade residiria na vigência da norma constitucional, ou seja, na ideia de que as situações por ela reguladas pretendam ser efetivadas na realidade (HESSE, 1991, p.14). Existiria, então, ao lado do poder político que determina as relações fáticas, também uma força proveniente do Direito Constitucional.

Segundo Hesse (1991, p.19/20), o fator fundamental para o alcance da força normativa é a "vontade de Constituição", que corresponde ao anseio de concretização da Constituição somado à mobilização da sociedade neste sentido. A vontade de Constituição estaria, na verdade, baseada em três elementos principais: a) na compreensão, por parte da sociedade, da necessidade de uma ordem normativa forte, que proteja não apenas os cidadãos dos arbítrios estatais, mas também o Estado do alvedrio das forças sociais; b) na compreensão, também social, de que esta ordem constitucional não é legitimada apenas pelos fatos, mas também por fatores jurídicos; c) na consciência de que esta ordem jamais será eficaz se não estiver coadunada com a vontade e o esforço humano. A ordem constitucional, portanto, só mantem sua vigência e sua força através da vontade humana; o que nos leva novamente a vislumbrar a inderrogável associação entre força jurídica e força social.

Contudo e, levando em conta esta inexorável correlação entre dever-ser e ser; deve-se ter em mente que a pretensão de eficácia constitucional não pode ignorar as condições históricas de sua realização. Aliás, a pretensão de eficácia normativa somente poderá ser realizada se observar estas condições (HESSE, 1991, p.14/15). Portanto, quanto maior a vontade de Constituição, menores serão os limites que a realidade irá lhe impor; mas estes limites não deixam de existir e, por isso, é que o constituinte não pode conferir direitos

cujo atendimento não seja possível, sob pena de descrédito constitucional (SARMENTO, 2004, p.76). Para evitar tal problemática, Hesse(1991, p.21) aconselha que as cartas constitucionais se limitem a prever alguns princípios pontuais, porém fundamentais, cujo conteúdo sempre apresente possibilidades de ser desenvolvido, a despeito das constantes mudanças da realidade.

Por fim, para que a força normativa da Constituição seja otimizada, Hesse afirma que todos aqueles que participam da vida constitucional, quais sejam: órgãos estatais, sociedade e indivíduos; devem estar imbuídos do mesmo espírito de vontade de Constituição. O jurista alemão defende (HESSE, 1991, p.21/22): "Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda". Ou seja, como será defendido no decorrer de todo este trabalho, a Carta Constitucional não deve pairar em um plano de Direito Constitucional autônomo e isolado dos demais ramos do Direito.

Para que se tenha efetivamente um Estado democrático e constitucional de Direito, todas as esferas e atores jurídicos devem estar "constitucionalizados", melhor dizendo, toda norma constitucional, seja ela penal, civil, pública ou privada, deve seguir a axiologia proposta pelo texto constitucional. A Constituição, por tanto, deve ser tomada não apenas como centro formal do ordenamento jurídico, regulando a forma de positivação de todas as demais normas inferiores; mas também e, sobretudo, como centro material, responsável por conferir ao ordenamento unidade de sentido (GARCIA DE ENTERRIÁ, 1985, p.329).

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTOS DE UNIDADE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL: A Lei do mais fraco.

Tomando-se como realidade ou mesmo como meta a força normativa constitucional e o poder de normatividade e unificação dos princípios jurídicos; pode-se afirmar que a consagração da Constituição Federal como centro do ordenamento jurídico traz consigo, de maneira indissociável, a positivação dos direitos fundamentais que, serão constituídos não apenas como parâmetros pelos quais todos os ramos jurídicos deverão se orientar, mas também como vínculos de conteúdo para qualquer postulado normativo de valor infraconstitucional. Perez Luño (1979, p.43), ao conceituar direitos fundamentais, ensina que estes são um conjunto de faculdades subjetivas que evoluíram historicamente (BOBBIO, 1992, *passim*) para concretizar as exigências relacionadas à promoção da dignidade humana; e os quais, foram positivados pelos ordenamentos jurídicos internamente e no plano internacional, aonde recebem o nome de direitos humanos. Complementando esta ideia, Martínez (1973, p.250) coloca, ainda que, ao serem positivados, tais direitos exigem o respeito e obediência por parte dos indivíduos, da sociedade e do Estado e abrem à possibilidade de acionar o aparato coativo estatal em caso de infração.

Destarte, ao serem positivados em qualquer Carta Magna estatal, os direitos fundamentais passam a ser, também, elementos responsáveis por atribuir unidade ao sistema constitucional e às normas

infraconstitucionais que dele retiram seu fundamento de validade. O núcleo constitucional de direitos fundamentais configura um conjunto de valores objetivos que representam a ordem axiológica escolhida pela sociedade e imposta através da norma mais suprema (PEREZ LUNO, 1979, p.166). O fundamento de toda essa unidade reside no princípio da dignidade da pessoa humana; portanto, qualquer ato jurídico praticado no Estado Democrático Brasileiro deve possuir como finalidade mediata ou imediata a promoção ou proteção da dignidade humana.

A unidade do sistema constitucional, estabelecida pelos direitos fundamentais, nas palavras de Peña de Moraes (1997, p.89) representa que:

> (...) a estrutura fundamental do Estado, determinada no documento constitucional, é una, específica e determinada, de maneira que a Constituição constituiu o conjunto de regras fundantes que identificam e orientam a interpretação e aplicação das normas jurídicas ordenadas, que, com ela, deverão manter pertinência.

A unidade de valor apresenta-se, portanto, não na unidade de cada direito individualmente considerado, mas sim na totalidade do conjunto formado pela inter-relação de todos eles. Por conseguinte, o sistema constitucional é único, ordenado a partir de seu núcleo fundamental e regular; e reflete inevitavelmente sobre a legislação ordinária não apenas a sua axiologia, mas também, seu sentido de ordem, unidade, pertinência e coerência; de modo que, não poderão haver contradições entre os postulados da Carta Magna e as diretrizes infraconstitucionais.

Peña de Moraes (1997, P.28) esclarece, ainda, que há um relacionamento indissociável e bilateral entre direitos fundamentais e Estado democrático de Direito; de modo que: "O Estado Democrático de Direito pressupõe e assegura os direitos fundamentais, enquanto que os direitos fundamentais, para a sua realização, implicam e exigem o Estado Democrático de Direito". Sendo assim, os direitos fundamentais se constituem como a base da democracia no chamado Estado democrático de Direito e, são, portanto, as principais fontes emanadoras de igualdade, liberdade e solidariedade para todo o sistema jurídico, político e social. Isso se deve, principalmente, às características estruturais deste grupo de direitos, que os diferenciam dos demais que não são dotados de fundamentalidade; sobretudo sua universalidade, pois correspondem a todos em uma mesma medida (ao contrário do que ocorre com os direitos patrimoniais, dos quais um sujeito pode ou não ser titular e sobre os quais cada um é titular com exclusividade); e sua natureza indisponível e inalienável, que os imuniza contra o mercado e as decisões políticas e, vincula o Estado à sua tutela e satisfação (FERRAJOLI, 2011a, p.23).

Assim, a constitucionalização destes direitos atribui uma dimensão substancial não apenas ao mundo jurídico em sua totalidade, mas também ao regime democrático. Ferrajoli (2011a, p.23) afirma que "o constitucionalismo é o necessário complemento substancial da democracia". E os direitos fundamentais se

configuram justamente como vínculos de conteúdo impostos à democracia: vínculos negativos, gerados pelos direitos de liberdade; e vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais. A democracia será, então, vinculada e delimitada por estes direitos; de modo que, nenhuma maioria, nem mesmo unanimidade, poderá decidir de maneira legítima pela violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social. Os direitos fundamentais formam, portanto, na formulação do Mestre italiano (FERRAJOLI, 2011a, p.24), a esfera do indecidível, e atuam como fatores não apenas de legitimação, mas também de deslegitimação das decisões estatais.

Portanto, uma concepção exclusivamente procedimental ou formal da democracia corresponde a uma ideia formal da validade das normas como mera vigência ou existência; enquanto que uma concepção substancial de democracia garante os direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo quando vistos em menor número e não apenas corresponde à onipotência da maioria sobre as minorias sufocadas. Em outras palavras, os princípios da soberania popular e da regra da maioria se subordinam aos princípios substanciais expressados pelos direitos fundamentais e relativos ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito não decidir. Deste modo, os direitos fundamentais sancionados nas constituições operam como fontes de invalidação e de deslegitimação mais do que de legitimação (FERRAJOLI, 2011a, pp.51-54). Em todas as situações, portanto, os direitos fundamentais representam a lei do mais fraco sobrepondo-se à lei do mais forte (FERRAJOLI, 2011b, p.106).

2.1 O Constitucionalismo e a positivação dos direitos fundamentais como vínculos substanciais

Nascido no contexto histórico do pós segunda guerra mundial, e, em razão da gritante necessidade de positivação e efetivação dos direitos humanos; o Constitucionalismo foi um movimento jurídico que representou a reação da doutrina e da jurisprudência contra a rigidez do juspositivismo clássico, o qual se baseava restritivamente no princípio da legalidade formal, que se consubstanciava no reconhecimento de vigência e validade das normas que fossem positivadas de acordo com os requisitos formais exigidos. Ou seja, bastava que a norma fosse publicada seguindo as os requisitos de forma propostos e pela autoridade competente, para que esta fosse considerada válida. Não se levava em conta a legalidade, a justiça ou mesmo a pertinência de seu conteúdo material. Tal posicionamento juspositivista radical gerou a famigerada separação entre Direito e Moral, justamente em razão do caráter puramente formal do Direito vigente (FERRAJOLI, 2011b, p.43).

Contudo, com a necessidade de humanização legislativa, jurídica e social no Pós-guerra e, sobretudo, com a promulgação da Declaração Universal de Direitos humanos, em 1948; percebeu-se que o princípio da mera legalidade não era suficiente para coibir abusos legislativos e totalitarismos políticos; e que, era necessário redesenhar o papel constitucional para a imposição de maiores vinculações e limitações estatais. A Carta Constitucional seria o instrumento mais hábil para lutar contra as atrocidades e os resquícios do nazismo e do fascismo, pois, garantiria a divisão de poderes estatais e os direitos fundamentais para todos

(FERRAJOLI, 2011b, p,45). Assim, o constitucionalismo surge positivando direitos fundamentais e, estabecendo-os como limites e vínculos materiais à legislação positiva infraconstitucional. Portanto, observa-se o início de um processo de ruptura com a legalidade estritamente formal, em prol de uma legalidade com requisitos substanciais; além de uma reaproximação, e mesmo, do estabelecimento de uma relação de complementariedade entre Direito e Moral.

A visão constitucionalizada do Direito impôs uma revisão da teoria da validade das normas, baseada na dissociação entre validez e vigência e numa nova relação entre forma e substância das decisões. Segundo a concepção prevalente entre os mais tradicionais positivistas do Direito, como Kelsen e Harte, a validez das normas corresponde à sua existência, ou seja, com o seu enquadramento em um certo ordenamento, determinada pela sua conformidade com as normas que regulam a produção do mesmo. Entretanto, o constitucionalismo esclareceu a percepção de que o sistema jurídico não se compõe apenas de normas formais sobre competência e sobre procedimentos de formação legal; mas inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modos diversos limitam e vinculam o Poder Legislativo (FERRAJOLI, 2011b, p,45).

Assim, uma norma que viola o princípio constitucional da igualdade, por exemplo, por mais que tenha existência formal ou vigência, pode ser invalida e suscetível de anulação por se chocar com uma norma substancial de Direito. Portanto, a existência de normas inválidas pode ser constatada, segundo o faz Ferrajoli (2011b, p.45), se for realizada a distinção entre a dimensão de regularidade a dimensão de legitimidade das normas: a primeira será chamada de vigência/ existência, e fará referência à forma dos atos normativos; e a segunda, será a da validez propriamente dita que, por sua vez, tem a ver com o significado e o conteúdo da norma.

O Constitucionalismo firmou-se, sobretudo, pela adoção de Constituições rígidas pelos Estados nacionais, ou seja, pelo estabelecimento de que os critérios de alteração do texto constitucional seriam mais rigorosos do que os pressupostos previstos para a alteração das leis ordinárias. Os ordenamentos de Constituições rígidas estabeleceram o Direito como um sistema de garantias para os cidadãos, e este "garantismo" pauta-se no que Ferrajoli (2011a, pp.17-19) denomina de uma dupla artificialidade. Ou seja, não apenas pelo caráter positivo das normas produzidas, mas também pela sujeição destas ao Direito. Assim, uma mesma produção jurídica se encontra disciplinada por normas tanto formais quanto substanciais de direito positivo; ou seja, a regulação jurídica se dará não apenas no que compete ás formas de produção legal, mas também no que tange aos conteúdos produzidos.

Ao sistema que se pauta nesta dupla artificialidade, podemos chamar de garantista (FERRAJOLI, 2011a, p.20), pois garante os direitos fundamentais dos jurisdicionados em face do direito ilegítimo. Graças a ele, o direito contemporâneo não se preocupa apenas com as formas de produção através das normas de procedimento para formação das leis; mas atribui importância também aos seus conteúdos substanciais,

vinculando-os normativamente aos princípios e aos valores inscritos em suas Constituições, mediante técnicas de garantia cuja elaboração é responsabilidade da dogmática jurídica como um todo. Neste diapasão, afirma-se que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas.

2.2 As garantias do devido processo penal como suporte para a eficácia dos direitos fundamentais na seara criminal

Trabalhando ao lado dos direitos fundamentais, as garantias são as técnicas concebidas pelo ordenamento para reduzir o abismo entre o dever-ser normativo e a efetividade do que realmente é, possibilitando a máxima eficácia dos direitos fundamentais em todas as searas jurídicas (FERRAJOLI, 2011a, p.25). Ocorre que, a relação dos direitos subjetivos com as garantias que os correspondem se dão de maneira diversa entre os direitos patrimoniais e os de caráter fundamental. A relação entre direitos de patrimônio e as normas que os garantem é quase que simultânea, pois, v.g, o débito de um vem junto com o crédito de outro. Entretanto, na seara fundamental, em razão das características peculiares dos direitos, como a universalidade; é muito difícil embutir no teor dos próprios direitos as garantias que lhe fazem jus. Portanto, na maioria das vezes, para serem garantidos, os direitos fundamentais requerem a edição de normas específicas que servirão de instrumento para sua efetivação (FERRAJOLI, 2011a, p.25). E, é justamente isso que ocorre na esfera do Direito Criminal, aonde, por exemplo, a norma que proíbe o homicídio visa garantir o direito à vida; e as normas processuais que garantem ao acusado um julgamento justo, objetivam resguardar à liberdade e a integridade física do mesmo.

Sendo assim temos que, o processo, enquanto conjunto de atos jurídicos concatenados e destinados à obtenção de um provimento jurisdicional, seja ele de qualquer espécie, constitui, por si só, uma garantia fundamental atribuída aos cidadãos pela Carta Magna. E, especialmente na seara criminal, é garantia de que o indivíduo terá um meio de reparar ilegalidades e lesões contra ele cometidas, além de assegurar que a sociedade não mais se sujeitará à lei de Talião, evitando a autotutela dos litígios e a justiça feita pelas próprias mãos. Superado o período de vingança privada, aonde o crime era vingado pelas próprias mãos da vítima, sem a intervenção de um terceiro imparcial e, entrando em cena a penalização estatal, com a composição dos litígios pelo Estado, o processo surge como modo de execução e mesmo de limitação dos *jus puniendi* e do *jus persequendi* estatal.

Fica latente, portanto, que o Processo Penal é o instrumento apto para que o Direito Penal seja concretizado dentro dos parâmetros axiológicos propostos pela Carta Constitucional e com observância aos direitos fundamentais. E, este é o fundamento pelo qual a quase unanimidade da doutrina criminal adota a Teoria da instrumentalidade do Processo Penal. Entretanto, Aury Lopes (s.a, p.06) acrescenta mais uma característica à mencionada tese, ao afirmar que a instrumentalidade do processo penal é garantista, por se

tratar de instrumento para a proteção dos direitos e a efetivação das garantias constitucionais, quais sejam: legalidade, anterioridade, ofensividade, ampla defesa, contraditório e imparcialidade judicial (LOPES JUNIOR, s.a, p.08). Nos moldes apontados pelo constitucionalismo garantista, estão lançadas as bases para o desenvolvimento de um devido processo legal penal, capaz se assegurar às partes e, principalmente ao réu, o desenvolvimento de um procedimento penal correspondente ao maior grau possível de tutela das garantias e direitos, diminuindo consideravelmente a possibilidade do cometimento de injustiças e o sofrimento causado pelo processo judicial, pois o simples desenrolar deste já é uma pena em si mesmo (GLOECKNER, 2009, p.210).

Assim, a Constituição Federal brasileira assegura que nenhum acusado sofrerá com a pretensão punitiva estatal sem o apoio de um devido processo legal; endossado pela possibilidade de ampla defesa e pelo direito ao contraditório. O devido processo penal é, portanto, aquele que se adequa ao modelo constitucional, o qual, por sua vez, informa o modo pelo qual o processo penal deve se desenvolver, bem como delimita a atuação dos agentes processuais, cuidando para que o processualismo penal gire em torno de um eixo democrático e *pro homine*; constituindo-se em um processo que é devido, nos moldes da Carta Magna nacional. Portanto, pode-se afirmar que, com o advento da Constituição de 1988, delineou-se uma nova ordem jurídica democrática, que transformou o processo penal de mero instrumento para condenação e aplicação de penas em um meio de tutela de direitos fundamentais (GIACOMOLLI, 2014, pp.78-80).

A Carta Magna de 1988, portanto, tem o grande mérito de ter positivado no Brasil o devido processo legal *substantivo*, mais amplo e garantidor do que o devido processo meramente adjetivo que, até então, vinha sendo paulatinamente adotado pelo ordenamento jurídico nacional (MATTOS, 2009, p.91). Ao deixar de ser apenas adjetivo, apresentando somente garantias de cunho processual e, passando a possuir um conteúdo substantivo, o *due process* transforma-se em instrumento de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, coibindo arbitrariedades judicias e abusos legais. Entretanto, ressalta-se que o *due process* não é apenas o processo que se adequa aos moldes legais, mas sim aquele desenvolvido de maneira justa e adequada. Nas palavras de Wetzel (2009, p.103): "Justo, portanto, não é qualquer processo regido por lei. *Justo é o processo legal e informado por direitos fundamentais*." (*grifo nosso*). Portanto, não é qualquer processo que está apto a garantir direitos, sendo necessário, para tanto, o devido processo legal, formal e substancialmente capaz de respeitar o direito de ação e de defesa e, consequentemente, de preservar a sociedade do arbítrio da razão do mais forte ou da maioria (PRADO, 2005, p.88).

Já ao tempo da obra "Teoria dos direitos fundamentais" de Robert Alexy (2011, p.470), falava-se na conexão inevitável e intransponível entre direitos fundamentais, organização e procedimento, aonde o autor ressalta que o due *process* é a face procedimental da liberdade constitucional, seguindo o pensamento lançado pelo Filósofo Alemão Peter Häberle, em 1972. Sendo assim, a organização ou o procedimento seria o meio mais eficaz para assegurar a realização dos direitos fundamentais. Dessa forma, para a realização

de um devido processo penal, deve ocorrer, e tem ocorrido, a materialização do direito processual, condicionado às determinações constitucionais e à procedimentalização do direito material, uma vez que o processo é instrumento fundamental para a concretização dos direitos constitucionais e infraconstitucionais (ABADE, 2005, pp.112/113).

3 OS LIMITES DA NORMATIVIDADE E A DIFICULDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO

A concepção clássica de Direito Penal se estabeleceu na Europa do século XVIII, onde a justiça divina passou a ser substituída por uma justiça humana pautada nas leis. Desta forma, o Direito Penal era visto como um conjunto específico de normas que pouca relação tinha com as demais áreas do Direito. Contudo, o pensamento penal clássico passou a ser questionado pelas diversas escolas de pensamento penal que surgiram, o que fez com que as práticas e o campo de observação penal se modificassem, de modo que a Ciência do Direito Penal se alargou em razão da perda da especificidade das categorias penais, devido ao crescimento da complexidade dos fenômenos criminais; e do esboço de novas categorias oriundas da grande propagação mundial dos Direitos Humanos (DELMAS-MARTY, 2004, p.06).

Com relação ao primeiro ponto, passa-se a reconhecer um Direito Penal que não se limita ao estudo da matéria criminal, mas que se transformou em uma ciência mais do que multidisciplinar, mas, necessariamente transdisciplinar, pois precisa agregar elementos de outros ramos do Direito e de Ciências externas para formular seus conceitos e institutos. Vislumbra-se um penalismo que vem se socorrendo de técnicas de mediação, de repressões administrativas e de institutos civilistas de indenização das vítimas; na tentativa de se desafogar. O Direito Penal foi forjado para ser a *ultima ratio* e, portanto, não consegue, sozinho, atender à crescente demanda por penalização e criminalização de matérias e comportamentos que, nem sempre deveriam ser direcionados para esta seara de juridicialização. A transdisciplinariedade possibilita a produção de uma teoria única a partir de campos ou ramos do conhecimento autônomos (GUSTIN, 2006, p.04) e, essas novas estratégias estatais e sociais que o Direito Penal tem buscado para responder às infrações ou às condutas de desvio das normas (DELMAS-MARTY, 2004, p.20) tem gerado um campo novo, amplo e puramente interdisciplinar de estudo da criminalidade, que tem sido denominado pela melhor doutrina de Política Criminal.

Por sua vez, a grande influência dos direitos humanos na seara penal como definidores de limites que não devem ser ultrapassados pelos Estados quando da aplicação das sanções penais, faz com que surjam dentro do Direito Penal novas categorias além das preexistentes, por exemplo: medidas de privação da liberdade (prisão provisória, prisão temporária, medidas socioeducativas, medidas de segurança), para além da simples pena de prisão; e uma novel categoria de matéria penal para ir além do Direito Penal, posto que esta englobaria também outras categorias de sanções repressivas extrapenais que atendam a determinados critérios (DELMAS-MARTY, 2004, pp.22 e ss).

Reconhecida, por tanto, a insuficiência do Direito Penal para, por ele mesmo, dar conta de suas problemáticas; e, compreendendo-se a necessidade de que este seja estudado em conjunto com as demais especialidades do Direito e ciências vizinhas; há de se buscar, então, um princípio capaz de unificar todos os elementos penais e extrapenais necessários para a realização de uma boa Política Criminal. Delmas-Marty (2004, p.407) propõe que, para a solução deste imbróglio, seja utilizado um método sistemal que, é ao mesmo tempo sistêmico e estrutural, e que busca, levando em conta a própria estrutura do sistema, um princípio para a sua harmonização que, não impõe uma uniformidade de práticas – até porque já resta estabelecida a necessidade de transdisciplinariedade – mas que é capaz de limitar as inúmeras escolhas possíveis.

O elemento estrutural do sistema que vai realizar esta função de unificação do direito criminal – material e processual- é a Constituição Federal que, por irradiar seus princípios e valores por todo o ordenamento jurídico, permitirá a transdisciplinariedade necessária à Política Criminal; mas que também funcionará como limitadora das ações e decisões tomadas em esfera pública penal, disciplinando, através de seus regramentos, até onde as leis penais podem ir para não ferir ou deixar de promover a dignidade da pessoa humana. Ou seja, a Constituição é fonte supralegislativa (DELMAS-MARTY, 2004, p.411) do Direito como um todo, e também do Direito Penal; porque é realizado o controle de constitucionalidade das leis. A constitucionalização do ordenamento penal requer, portanto, a efetiva implantação dos princípios constitucionais nas práticas criminais e também em sua legislação ordinária. Mas não foi fácil para o mais rígido dos Códigos se abrir às possibilidades da Política Criminal, assim como não tem sido tranquilo o seu processo de constitucionalização.

3.1 Da rigidez do código à amplitude das políticas criminais

O Direito Penal, por sua própria natureza sancionadora, criminalizadora e restritiva de direitos e liberdades, é um campo fechado (DELMAS-MARTY, 2005, p.31), que, ao menos em teoria, só funciona adequadamente se restringir-se aos exatos limites legais, afastando-se das demais redes de sanções e dos outros ramos do Direito. O Direito criminal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos (YACOBUCCI, 2015, p.226) e, justamente por isso, exige um uso especial, racionalizado e bem calculado. O Penal é, portanto, taxativo, não é negociável, não pode ser flexibilizado sob pena de ferir direitos e garantias de forma irreparável. Delmas-Marty (2005, p.32) enumera os principais motivos que tornam o sistema penal um ramo fechado sobre si mesmo: a) a principal pena é a prisão, que além de representar uma clausura física, se implementada de maneira equivocada, infringe irreversivelmente o direito à liberdade; b) o sistema se concentra na rede de sanções penais e não avalia as demais possibilidades extrapenais de retribuição, reparação e ressocialização; c) as normas aplicadas na seara penal são quase que exclusivamente penais, não se recorre à interdisciplinaridade.

Contudo, com a crescente evolução e complexidade do fenômeno criminal, acompanhando a globalização mundial, o Direito Penal tem sido pressionado a apresentar respostas cada vez mais efetivas. Silva Sanchez (2001, pp.21 e ss.) enumera diversos fatores responsáveis pela expansão ou explosão do direito penalista, entre eles estão: a efetiva aparição de novos riscos, a sensação social de insegurança, e o descrédito de outras instituições de proteção. Muitos destes motivos estão relacionados, portanto, à intensificação da compreensão social acerca do valor dos bens jurídicos tutelados e das funções que o Estado, através do *jus puniendi* deve realizar para protegê-los. Assim, a exigência da defesa de bens difusos ou macrossociais, representativos do sentimento coletivo, v.g, representam um grande desafio para a dogmática penal tradicional, posto que, os elementos da teoria do crime não foram forjados para responder a estas novas formas de organização e novos riscos sociais (YACOBUCCI, 2015, p.233).

Entretanto, a doutrina tem se dado conta de que não há formas de atender a esta demanda autonomamente, sem o auxílio dos demais campos jurídicos e mesmo não jurídicos. Sendo assim, aos poucos, as concepções penais clássicas foram sendo superadas, e o sistema foi se abrindo: concebeu-se e incentivou-se a aplicação das penas alternativas à prisão e; a inflação legislativa penal permitiu que este ramo do Direito se tocasse com as demais ciências e ramificações. Muitas das respostas encontradas, então, pela seara criminalista têm sido buscadas fora do seu próprio campo, v.g, no Direito Administrativo, Empresarial, de trânsito...e, tornando um pouco mais concreto o princípio da subsidiariedade penal, que coloca esta opção punitiva como última alternativa (YACOBUCCI, 2015, p.235). Amplia-se, portanto, a visualização da Ciência criminal da esfera restritiva do Direito Penal para a ótica mais alargada e interdisciplinar da Política Criminal.

Como há muito defendido por Roxin (2012, *passim*), em oposição as ideias de Liszt, deve haver, portanto, não uma dicotomia, mas sim uma síntese entre a dogmática penal e a política criminal. Ou seja, decisões axiológicas de cunho político-criminal devem ser consideradas na aplicação prática da normativa penal. A Política Criminal assume, portanto, o papel de centro de convergência de princípios penais e constitucionais; e, é por este caminho que o rígido Direito Criminal tem iniciado sua abertura acompanhada de mudanças valorativas. Entretanto, não se pode olvidar que tais mudanças são mais difíceis de serem implementadas em países em desenvolvimento, tendo em vista o recente e, ainda frágil, reconhecimento dos direitos humanos. Bem como o fato de que ainda reside uma grande dificuldade no que compete à compatibilização das normas penais com os comandos constitucionais; tendo em vista que o controle de constitucionalidade foi um fenômeno mais recente (DELMAS-MARTY, 2005, p.36).

Contudo, tais dificuldades e complexidades de cunho político, social e jurídico; não devem ser tomadas como empecilhos insuperáveis para a constitucionalização do ordenamento penal mas, ao contrário, devem servir para chamar ainda mais atenção para a necessidade de conformação constitucional. Pois, quanto mais conflituoso e complexo for o contexto político-social a ser ordenado, maior é a

necessidade e a validade dos preceitos constitucionais. Portanto, a melhor saída é identificar os óbices ao sistema constitucional que tem resistido na esfera criminal e buscar alternativas para vencê-los.

3.2 Dificuldades de implementação da Política criminal e da axiologia constitucional

A implementação das políticas criminais da maneira ampla como foram concebidas e propagadas pelos principais teóricos da área não é tarefa simples nem mesmo nos países europeus aonde forma pensadas, mas torna-se desafio maior em nações de terceiro mundo, como o Brasil. A primeira problemática enfrentada neste sentido, refere-se ao fato de que, justamente por ter um conceito e um área de abrangência muito alargados, as propostas de política criminal acabam por retirar a densidade dos princípios e regras que são fundantes para o funcionamento do ordenamento jurídico criminal. Em um segundo ponto, o conceito político-criminal foi desenhado como se fosse aplicado em um contexto político ideologicamente "neutro", o que não corresponde, por óbvio, a nenhuma realidade prática, mas menos ainda a realidade brasileira, na qual a posição criminal assumida declaradamente pela sociedade como um todo é de um interesse de prevenção geral, ou, trocando em miúdos, de punição a qualquer custo (D´AVILA, 2008, p.321).

Em síntese, a dificuldade de implementação da Política Criminal no cenário brasileiro tem se dado em razão da flexibilização excessiva de regras e valores em um ambiente caracterizado por um forte posicionamento político no sentido da prevenção. Justamente por isso é que, diariamente, princípios fundamentais e regras de Direito Penal são deixados de lado em prol do atendimento social prevencionista e repressista (D´AVILA, 2008, p.321). Os conceitos e os institutos mais tradicionais de Direito Penal e, até mesmo aqueles oriundos da norma constitucional, como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* são frequentemente "flexibilizados" quando começam a representar um empecilho para a consecução dos fins políticos estatais. Fabio D´Avila (2008, p.322/323) esclarece:

> Se os objetivos tidos como relevantes pelo Estado, como o paradigmático caso do combate ao terror, entram em conflito com a manutenção de direitos e garantias fundamentais, colocando em xeque o êxito na obtenção de tais fins, não se leva a sério a possibilidade de existirem limites materiais intransponíveis à sua atuação.

Daí, estamos aptos a localizar o problema no cerne do sistema de Direito Penal: o princípio unificador que deveria zelar pela boa e correta aplicação de todos os demais elementos, que é a Constituição Federal, ainda esboça, em âmbito político criminal uma força normativa muito inexpressiva, que não consegue, ou não se esforça para conseguir, competir com os arbítrios políticos estatais. Com a força normativa do princípio unificador debilitada, as demais engrenagens do sistema não funcionam devidamente e, então, temos a famigerada crise: crise do Direito e do Processo Penal, crise dos poderes estatais, crise da

Democracia. Silva Sanchez (2001, *passim*) denomina o momento atual como uma terceira crise da Ciência Penal que se caracteriza por uma supervalorização das respostas punitivas. Tal cenário crítico é causado, entre outros fatores, pela falta de vinculação dos titulares dos poderes públicos às regras jurídicas e aos valores constitucionais. Pois, como ensina Ferrajoli (2011a, p.15/16), a ilegalidade pública se manifesta também em forma de crise constitucional, com a degradação dos valores e regras constitucionais e dos limites que estes impõem ao exercício dos poderes públicos.

O discurso da Política Criminal está tão em voga que a dimensão político-criminal acaba sempre sendo priorizada quando da aplicação das normas penais, relegando para um outro momento ou, simplesmente, deixando passar, o critério mais importante para filtrar a realização de qualquer prática penal, qual seja, a adequação jurídico-constitucional da mesma (D´AVILA, 2008, p.323). Ou seja, a realização adequada da abertura do Direito Penal deve obedecer a uma ordem – afinal, já se discutiu a relevância deste sistema ser fechado – e esta ordem deve se dar de modo que, primeiro há de se compatibilizar as decisões penais com os comandos constitucionais, e, só em um segundo momento é que se deve avaliar sua adequação e pertinência em termos de política criminal. Portanto, qualquer interesse estatal, por melhor que seja, possuindo cunho preventivo, ressocializador ou punitivo; só poderá ser efetivado se estiver dentro dos limites estabelecidos pelas normas penais e, sobretudo, pelos ditames constitucionais.

É neste sentido que Sanchez (2011, p.163) fala em três "velocidades do Direito Criminal"; na qual, a primeira velocidade corresponderia a um sistema penal encarcerador, cujo principal objetivo seria a punição, e no qual as normas criminais deveriam ser aplicadas da maneira mais rigorosa. Na segunda velocidade ocorreria o oposto da primeira, com a adoção de diversos mecanismos alternativos ao cárcere e a flexibilização das normas penais com o escopo de buscar mais ressocialização e penas mais brandas. Já a terceira velocidade, idealizada pelo autor e que, poderia perfeitamente solucionar a problemática atual da dificuldade de constitucionalização do sistema penal brasileiro; seria um equilíbrio entre o Direito Penal do inimigo (JAKOBS, 1985, pp.293 e ss.) – representado na primeira velocidade-, e a relativização desmedida das garantias político-criminais – trazida na segunda velocidade. Assumindo que o Direito Criminal, por suas próprias características, é sempre um mal; Sanchez(2011, p.166), pugna, portanto, que se retraia este a condição de "mal menor". Um mal mais aceitável do que a impunidade ou a violação de direitos fundamentais.

Temos, portanto, que a Política Criminal deve sim ser utilizada como elemento de abertura do Direito Penal, como alternativa aos processos de criminalização e penalização em massa e como auxiliar do direito material e processual no que lhe for útil e compatível. Mas não é possível sobrepor os anseios de cunho político ao atendimento das normas constitucionais e, também não é cabível a aplicação integra do raciocínio funcionalista de Roxin que busca forjar uma identidade entre a Ciência Penal e a Política Criminal. Pois, esta última é muito mais ampla que a primeira e, assim realmente o deve ser para que sejam

resguardados os direitos e garantias fundamentais que o Direito Criminal necessita fazer valer. Porque sim, a Ciência Penal não apenas restringe direitos, mas também é responsável por concretizar muitos deles; devendo garantir liberdade e segurança mais amplas e eficazes do que aquelas que poderiam ser atribuídas aos titulares sem sua intervenção (YACOBUCCI, 2015, p.222).

Frente à atual etapa dos fenômenos criminológicos e à expansão do Direito Penal, Sanchez (2011, p.149) defende um retorno ponderado ao liberalismo, ou seja, para uma organização jurídica criminal que tutele os bens jurídicos mais essenciais e com observância dos princípios e garantias constitucionais. Há de se recuperar, portanto, a ideia de Direito Criminal como conjunto de garantias do cidadão em face das intervenções estatais. Amilton B. de Carvalho (2002, p.56) afirma que "a lei é o limite ao poder desmesurado", e, por isso, sempre vai representar proteção ao mais fraco na relação jurídica; assim, o Direito Penal sempre será, como previsto pelo Mestre Ferrajoli (2011a, *passim*), a lei do mais débil.

O que se deve idealizar, portanto, como tentativa de uma efetiva constitucionalização da esfera criminal é a valorização da normatividade (D´AVILA, 2008, pp.325/326), num sentido de que esta deve sempre ser o critério primeiro quando da análise das questões criminais. O espaço de atuação da Política Criminal deve sempre ser aquele previamente demarcado pelos postulados constitucionais. E, o espaço da Política Constitucional (ZAGREBELSKY, 1995, p.14), por sua vez, é marcado não apenas pela execução da letra constitucional, mas sim pela realização dos valores intrínsecos neste texto supremo.

4 CONCLUSÃO

Entende-se que a Constituição Federal deve ser visualizada com centro de todo o sistema jurídico, atribuindo a este unidade e harmonia, no sentido de que todas as esferas jurídicas estejam voltadas para o atendimento de um mesmo fim: a promoção da dignidade da pessoa humana. Afinal, como ensina Kelsen (2009, *passim*) em sua teoria dos sistemas, para se considerar que diferentes normas formam um mesmo sistema, ou um ordenamento; a validade de todas elas deve derivar de uma única norma fundamental. Na realidade jurídica brasileira atual, a norma fundamental é a Constituição Federal – ou a Constituição deriva dela, se entendermos, como Bobbio (1999, p.58 e ss.), que a norma fundamental está num plano abstrato- e, é ela a responsável por manter a coerência interna entre todos os ramos do ordenamento jurídico nacional. Visualizou-se que esta possui a força normativa necessária para tanto e, é capaz de impor a eficácia dos direitos e garantias fundamentais em todas as áreas de aplicação do Direito.

Neste diapasão, os direitos fundamentais são elementos essenciais para manter a unidade interna do sistema constitucional, bem como a coerência das demais normas com este; pois os postulados que representam os valores mais importantes a serem protegidos e promovidos em todas as searas jurídicas, pelo Estado, pela sociedade e pelos próprios indivíduos que lhes são titulares. O núcleo constitucional de fundamentalidade constitui, portanto, verdadeira limitação e vinculação substancial para todo ordenamento jurídico infraconstitucional; dispondo as balizas para o que é não apenas formalmente legal, mas

materialmente constitucional. E, auxiliado nesta missão, não se pode olvidar da relevância das garantias constitucionais que possibilitam a efetivação plena dos direitos aos quais se relacionam.

Todo sistema necessita de uma ordenação entre seus elementos e, sendo assim, para que haja ordem na sistemática constitucional, é preciso que todos os ramos jurídicos estejam não apenas relacionados com o todo e como eixo constitucional, mas também que se relacionem coerentemente entre si (BOBBIO, 1999, p.71). Focando as lentes no Ordenamento criminal, portanto, observou-se que ali reside uma necessidade ainda mais iminente de consonância com os preceitos constitucionais, em virtude da importância dos bens jurídicos tutelados e da relação inquebrável com os direitos fundamentais, sejam eles da vítima, do acusado ou da própria sociedade. O Direito Material e o Direito Processual Penal - no papel de garantir a realização dos postulados previstos naquele - necessitam caminhar lado a lado com os valores escolhidos pela Carta Constitucional.

Contudo, no Direito Penal, o processo de constitucionalização tem sido um pouco mais árduo e dificultoso do que em outras áreas jurídicas, principalmente em razão do grau de fechamento do sistema penal. Como apontado, é necessário que as normas penais e o próprio código tenham um conteúdo mais fechado e não possam ser muito relativizados, para não correr o risco de afetar bens jurídicos irrecuperáveis. Entretanto, com os crescentes movimentos de Política Criminal que tem dado maior abertura ao sistema, há de se buscar um retorno à normatividade, sobretudo à normatividade constitucional. O Direito Penal precisa e pode aprender com as outras searas, como o Direito Privado, a relativizar seus institutos e conceitos tradicionais dentro dos paradigmas constitucionais. Nem tanto ao céu, nem tanto ao mar, a seara criminal não deve se ampliar demais e flexibilizar todos os seus preceitos normativos em nome das vontades político-criminais do Estado; mas também não pode se fechar completamente, deixando de se coadunar com a axiologia da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório: O novo papel do Ministério Público no processo penal de partes.* Rio de janeiro: Renovar, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J Santos. 10 ed. Brasilia: Editora Unibersidade de Brasilia. 1999.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei para que(m)?. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

D´AVILA, Fabio Roberto. O Direito e a legislação penal brasileiros no séc XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chitto (org). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdipucRS, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do Direito*: Do Código Penal aos Direitos humanos. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2005.

_____. *Os grandes Sistemas de Política Criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri,SP: Manole, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e y garantias*: la ley del mas débil. S.I. Editorial Trotta. 2011.

_____.*Por uma Teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2011.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constituicion como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ªed. Madrid: Civitas,1985.

GIACOMOLLI, Nereu Jose. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas,2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal*: Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPODIVM, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *A motivação das decisões penais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(re) pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. 2 ed. Belo Horizonte: Delrey, 2006.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. [s.a.] Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf >. Acesso em: 06 set. 2014.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Textos básicos sobre derechos humanos*. Madrid: Universidad complutense, 1973.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

MORAES, Guilherme Braga Penã de. *Dos direitos fundamentais*: contribuição para uma teoria. São Paulo: Editora LTR.1997.

PACELLI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREZ LUNO, Antonio Enrique. Delimitacion conceptual de los derechos humanos. In: CASTRO, José Cascajo et al. *Los derechos humanos, significacion, estatuto jurídico y sistema*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1979.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional da lei processual penal. 3 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luis Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *La expansion del derecho penal*: aspectos de la politica criminal em las sociedades postindustriales. 2 ed. Madrir: Civitas, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Limites racionales al derecho penal. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo. *Ciências criminais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducion de Marina Gascon. [s.l]: Editorial Trotta, 1995.