XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Copyright © 2018 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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

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

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-716-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

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

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdiciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado "Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro", de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título "Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher".

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título "As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle" abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título "A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social", aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado "O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade", escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado "O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário", de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado "A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade", elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do novel bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título "Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial", empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado "O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal."

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título "A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico", discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo "O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual", escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo "Denunciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?", de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denunciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de "crime".

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado "Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal".

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo "A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas", de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptmoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo "Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet", no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto "A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais", escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo "Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988", de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título "A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição", os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto exapansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado "Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência", apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado "Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença", volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TRAJETÓRIA DO DIREITO PENAL: MODERNIDADE; GARANTISMO E CONSTITUIÇÃO

THE TRAJECTORY OF CRIMINAL LAW: MODERNITY; GUARANTEE AND CONSTITUTION

Henrique Gaspar Mello de Mendonça [1]
Carlos Alberto Menezes [2]

Resumo

A evolução da civilização é marcada por avanços, mas também por retrocessos. O Estado de Direito é uma conquista da humanidade. Nesta trajetória oscilante entre conquistas e retrocessos, importante delineá-los, pois é com reflexão na história que podemos criar mecanismos mais sábios de convivência humana, partindo-se para uma evolução maior, evitando-se também involuções, principalmente, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. Assim, relevante conhecermos a trajetória do direito penal, fazendo-se a conexão com a modernidade, o garantismo e a Constituição, detectando-se uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Palavras-chave: Trajetória, Direito penal, Modernidade, Garantismo, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

Evolution of civilization is marked by advances, but also by setbacks. The State of law is achievement of humanity. In this oscillating trajectory between conquests and setbacks, it's important to delineate, for it's with reflection in history that we can create wiser mechanisms of human coexistence, starting to greater evolution, avoiding also involutions, especially, in the scope of rights and guarantees. It's relevant to know the trajectory of criminal law, making the connection with modernity, the guaranty and the Constitution, detecting a normativity and effective means to avoid arbiters of the State in its mission of providing security to collectivity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Trajectory, Criminal law, Modernity, Garantismo, Constitution

---

[1] Mestrando em Direito pela UFS. Especialista em Direito do Estado pelo IESF e em Direito Processual pela ESMAL. Juiz de Direito do TJSE. e-mail: hgmm@uol.com.br

[2] Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor Adjunto III da UFS. e-mail: carlosalbertomenezesufs@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Delineando-se os acontecimentos desde a época antes de Cristo até os dias atuais, percebe-se que a evolução humana é um fato presente na história e, sendo a ciência do Direito Penal fruto dos estudos e labor dos homens, consequentemente, também experimentou um grande avanço. Porém, como em toda trajetória, passa-se por períodos ou fases em que são detectáveis retrocessos, estes também aconteceram e acontecem, ainda, na seara penal, precisando que os poderes constituídos e os operadores dos direitos estejam atentos e vigilantes, para evitá-los ou estancá-los, prestigiando-se as conquistas já avançadas na sedimentação do Estado Democrático de Direito.

Pode-se apontar como uma das causas da evolução do homem, o próprio desenvolvimento de sua razão, sendo esta a grande válvula propulsora do antagonismo em face de concentrações de poderes e de seu exercício arbitrário. Desde os tempos primitivos, os homens tendem a se organizarem em grupos ou em sociedade, contudo, esta convivência nem sempre é pacífica, muitas vezes atingindo bens jurídicos relevantes de outrem, fazendo-se necessário a presença de um poder organizado, com seus limites delineados, para intervir, tentando regatar a paz social e manter a harmonia da convivência coletiva.

Porém, esta mesma razão que foi a responsável pelo surgimento do moderno Estado de Direito, o qual tem o direito de punir, mas, ao mesmo tempo, tem o mister de tutelar as liberdades individuais, seja se abstendo de cometer arbitrariedades e/ou impedindo que outros particulares lesionem bens jurídicos alheios, é a que muitas vezes, também, deseja legitimar atuações repressoras estatais fora dos limites constitucionais, rompendo com a ordem jurídica posta e normatizada, para dar margem a estados de exceção, encarando o Direito Penal como a única arma eficaz ao combate à criminalidade, sem passar, contudo, por uma reflexão, onde o corte do mal pela raiz se dá, na maioria das vezes, com a prestação de um serviço público eficiente nas searas da educação, saúde e assistência social.

Nesta contradição entre razão e arbítrio, um antagonismo consequente da própria modernidade, posiciona-se de um lado os abolicionistas, perfilhando pela extinção do Direito Penal, indicando que os outros ramos do Direito são aptos para resolver todos os conflitos humanos, do outro, os que defendem um Direito Penal máximo, com neocriminalizações, neopenalizações e com o recrudescimento de penas já existentes. Entre estes dois polos extremos, apresenta-se razoável a presença do *jus puniendi*, quando necessário, mas dentro dos limites constitucionais, pois este poder estatal não é absoluto. Punir, de acordo com o

balizamento que a constituição impõe, é punir com equilíbrio, daí, esta posição intermediária ser nominada por Greco (2010, p.163), como Direito Penal do Equilíbrio.

Para se demonstrar que o equilíbrio do direito de punir não se trata de uma mera opção, mas de um dever imposto pela Constituição Federal de 1988, pertinente delinear a trajetória do Direito Penal da antiguidade até os tempos atuais, fazendo a conexão entre modernidade, garantismo e Constituição, para se perceber a conquista da positivação de garantias em prol do indivíduo, alertando-se para um sistema penal, onde seus operadores não compactuem com retrocessos.

2 O DIREITO PENAL NA ANTIGUIDADE

Em tempos primitivos, quando ainda não existia o Estado, como forma de organização social, o homem tinha como vertente de justiça uma reação a toda ação que colocasse em risco sua conservação individual, sua sobrevivência e a perpetuação da espécie. Na antiguidade, a pena representava a própria vingança privada da vítima, de seus familiares ou de um grupo social que se sentia agredido pela prática de um crime. Nesta época, religião e Direito se misturavam, uma agressão ao homem era considerada um insulto à divindade. Esta concepção de pena como pecado também era vivenciada pelos povos mesopotâmicos, egípcios, gregos e romanos (CIPRIANI, 2005, p.21-26). A própria lei do talião, exteriorizada na máxima: "olho por olho, dente por dente"; onde o criminoso foi punido *taliter*, ou seja, de maneira igual ao dano causado ao outro, de algum modo, teve origem neste contexto.

Apesar de ser indicado o Código de Hamurabi em 1780 a.C. no reino da Babilônia, como primeiro documento indicativo da *lex talionis*, não se deve esquecer que a própria Bíblia já trazia em seu texto esta gênese de retributividade proporcional, como se percebe no livro do Levítico, capítulo 24, versículos 17-23, indicador do conteúdo de talião[1], bem como no texto do Deuteronômio, capítulo 19, versículo 21, onde Moisés é incisivo: "Não tenham piedade: exijam vida por vida, olho por olho, mão por mão, pé por pé.[2]

[1] "17 Se alguém ferir uma pessoa a ponto de matá-la, terá que ser executado. 18 Quem matar um animal fará restituição: vida por vida. 19 Se alguém ferir seu próximo, deixando-o defeituoso, assim como fez lhe será feito: 20 fratura por fratura, olho por olho, dente por dente. Assim como feriu o outro, deixando-o defeituoso, assim também será ferido. 21 Quem matar um animal fará restituição, mas quem matar um homem será morto. 22 Vocês terão a mesma lei para o estrangeiro e para o natural da terra. Eu sou o Senhor, o Deus de vocês. 23 Depois que Moisés falou aos israelitas, levaram o que blasfemou para fora do acampamento e o apedrejaram. Os israelitas fizeram conforme o Senhor tinha ordenado a Moisés." Disponível em:<https://www.bibliaon.com/levitico_24/> Acesso em: 15 jul 2018.

[2] Disponível em: <https://www.bibliaon.com/deuteronomio_19/> Acesso em: 15 jul 2018.

Muito tempo depois, já com o advento da república [Roma] no século V (a.C), surgiram novas leis, as quais contribuíram para o encerramento da era da vingança privada e da lei de talião, dando surgimento ao Estado, como o órgão legítimo para promover a punição dos crimes (CIPRIANI, 2005, p.26-27). O direito romano contribuiu decisivamente para a evolução do Direito Penal, pois estabeleceram alicerces jurídicos para o conceito de dolo, culpa, imputabilidade e legítima defesa, bem como começaram a legislar sobre atenuantes e agravantes, primando pela individualização na aplicação da pena. No mundo romano republicano, a finalidade da pena passou a ser a recuperação do homem, de modo que, com o passar dos séculos, praticamente fora abolida a pena de morte, preferindo-se a aplicação da pena de exílio ou da deportação.

3 O DIREITO PENAL NA IDADE MÉDIA

No período medieval, onde já se tinha experimentado um avanço, consistente na preocupação com a proporcionalidade e com o afastamento do místico ou do divino na punição dos delitos, vivenciou-se também um retrocesso. Retrocedeu-se com a influência e o protagonismo da igreja católica, principalmente na Europa, onde direito e religião se misturavam. Houve a confluência de dois ingredientes fundamentais reverenciados pela religião: crime e pecado. O indivíduo, como homem, tinha pouco valor, o que interessava era a alma, a imagem de Deus. Diante dos binômios: crime-pecado, salvação-perdição, céu-inferno; instalou-se a justiça divina para todas as situações da vida humana. A pena era tida como instrumento para que o transgressor pudesse meditar sobre sua culpa, redimisse de seus pecados diante de Deus e das autoridades eclesiásticas. A religião fora utilizada para legitimar e acobertar as mais cruéis e atrocidades na aplicação da pena (BARROS, 2001, p.35-41). O subjetivismo exagerado deu origem ao fanatismo e a superstição estava por toda parte, instalando-se uma justiça penal da igreja, recheada de arbitrariedades, violência e vingança.

O direito medieval irradiou, no seio social, a insegurança e o medo. O magistrado fosse religioso ou a serviço da igreja tinha pleno poderes para aplicar a pena, de forma discricionária, na maioria das vezes desproporcional ao delito. O juiz ao mesmo tempo criava e aplicava a lei. A pena de morte também voltou a ser aplicada pelo tribunal eclesiástico, de forma sumária, precedida de requintes de crueldades e tortura, visando aterrorizar e oprimir todos aqueles que tendessem ou violassem, de fato, a lei divina. Este período perdurou até o século XVI, quando surgiu o renascimento, onde o homem passou novamente a ser valorizado, marcado pelo antropocentrismo e cisma ao cristianismo. Porém, o Direito penal

ainda foi palco de arbitrariedades até o século XVIII (CIPRIANI, 2005, p.27-30). Foi o iluminismo, com ideais de liberdade, progresso, tolerância, fraternidade, governo constitucional e separação Igreja-Estado, que deu novos contornos ao Direito, inclusive ao Direito Penal, sendo considerado Cesar Beccaria o precursor da reforma do direito penal medieval, engrenando pelas vertentes iluministas (GRECCO, 2008, p.487).

4 O DIREITO PENAL NA MODERNIDADE

Em que pese várias definições de modernidade, algumas delimitadas no espaço e no tempo, outras delineadoras de um conjunto de acontecimentos[3], é inconteste, que fora uma época marcada pelo movimento filosófico iluminista, o qual pregava o domínio da razão sobre a visão teocêntrica que dominava a Europa na idade média, onde o pensamento racional deveria ser levado adiante, substituindo as crenças religiosas e o misticismo. O homem deveria ser o centro, ocorrendo o fenômeno da secularização, retirando a religião do seu protagonismo na vida social. A revolução francesa ocorrida entre 1789-1799, com os seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade se rebelou e derrubou o absolutismo monárquico, os privilégios feudais, a aristocracia e a dominação da Igreja Católica, abrindo-se espaço para o movimento do constitucionalismo[4] por todo o mundo, que, em síntese, constituía uma corrida mundial para que todas as nações criassem suas constituições, com a finalidade de impor limites à atuação estatal, garantindo-se liberdades individuais aos homens, proporcionando a criação de Estados democráticos e constitucionais de direitos, o que resultou também no surgimento de um Direito Penal mais humanitário.

---

[3] "Por exemplo, o conceito de modernidade de Harbermas não passa pela relação interna com o racionalismo como se deu no conceito hegeliano e de Max Weber. Hegel emprega o conceito de modernidade, antes de tudo, em contextos históricos, como conceito de épocas: "novos tempos" são os "tempos modernos", enquanto o conceito weberiano relaciona modernidade com o racionalismo ocidental, este marcado pela cristalização da empresa capitalista e pela burocracia estatal. Habermas tenta neutralizar o conceito de modernidade no tempo e no espaço. Na concepção habermasiana, a modernidade não é integrada por um único evento histórico, mas por um conjunto de processos que se reforçam mutualmente, como por exemplo, a mobilização dos recursos, o aumento da produtividade do trabalho, a expansão dos direitos de participação política, das formas urbanas de vida, da secularização de valores e normas etc., ou seja, seria a reconstrução do processo evolutivo de consciência moral, porém ainda não institucionalizado socialmente" (HABERMANS, 2000, p.4, 5, 9).

[4] Ensina Carvalho (2009, p. 244 e 245): "Consoante Uadi Lammêgo Bulos, o termo constitucionalismo tem dois significados diferentes: em sentido amplo, significa o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma Constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretensa atribuir; em sentido estrito, significa a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos o exercício, com base em Constituições escritas, dos seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio. [...] O constitucionalismo consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder."

Este período é marcado por uma forte reação contra a tradição jurídica medieval marcada por julgamentos secretos, práticas de torturas, pela não distinção de órgãos na missão de legislar e julgar, imposição de penas infamantes, confiscações, desigualdades nos castigos aplicados para mesma espécie de delitos e, sobretudo, pela supremacia da justiça eclesiástica, calcada da ideia de pecado e vingança divina, abrindo-se espaço para uma punição generalizada[5]

Grande importância, para a evolução do Direito Penal na modernidade, teve Cesare Beccaria, sendo considerado o precursor do Direito Penal moderno. Inspirado na filosofia iluminista e, de forma particular, nos discursos de Condillac, Helvétius , Montesquieu e Rousseau, em relação a este último, na ideia de contrato social, onde a sociedade tem como fundamento um pacto entre os cidadãos e o Estado, visando resguardar direitos dos indivíduos, garantindo a ordem e a harmonia social. Em sua obra Dos Delitos e das Penas, pugnou Beccaria por um Direito Penal mais humanitário, insurgindo-se contra as arbitrariedades do período medieval, zelando pela dignidade da pessoa humana. Para tanto, perfilhou pela legalidade da pena, esta só poderia ser aplicada se fosse prevista em lei; defendeu a proporcionalidade da sanção penal, com aplicação de agravantes e atenuantes; a moderação do Direito Penal, visando primordialmente a prevenção na ocorrências de crimes, com recuperação e reinserção social do infrator, além de declarar a inutilidade da pena de morte e a tortura uma aberração inaceitável (BECCARIA, 2010, p.32; 44; 56; 66; 102).

Outra grande mudança, que merece registro neste período moderno, foi a transformação da prisão-custódia, a qual perdurou na idade antiga e medieval, para a prisão-pena, visando a ressocialização do indivíduo, onde se percebeu um fluxo de construção de presídios para tal finalidade. Isso de seu em razão da grave crise econômica que passava a Europa, sendo o trabalho do apenado uma vantagem para o Estado, o qual poderia se erguer mais facilmente da crise, ao mesmo tempo, que ajudaria da recuperação do sentenciado (CIPRIANI, 2005, p.30-31). Assim, em contraposição a teoria absoluta da pena, a qual defendia a retribuição do mal causado, como sua finalidade essencial, passou a ganhar terreno

[5] "O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos *chaiers de doléances* e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício se tornou rapidamente intolerável, revoltante visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o 'cruel prazer de punir'. Vergonhoso, considerado da perspectiva da vítima, reduzida ao desespero e da qual ainda se espera que bendiga 'o céu e seus juízes por quem parece abandonada. Perigoso de qualquer modo, pelo apoio que nele encontram, uma contra a outra, a violência do rei e a do povo. Como se o poder soberano não visse, nessa emulação de atrocidades, um desafio que ele mesmo lança e que poderá ser aceito um dia: acostumado a 'ver correr sangue', o povo aprende rápido que 'só pode se vigiar com sangue'." (FOUCAUT, 2014, p.73).

a teoria relativa, a qual destacava o fim precípuo da pena, como sendo a prevenção (GRECCO, 2008, p.489-490).

Vale destacar, ainda, que a modernidade foi marcada por uma forte racionalização em contrapartida ao subjetivismo, visando sair do campo do místico, da alma. Assim, passou-se associar o bem e o mal a algo ligado à natureza ou à sociedade, como forma de fuga ao fundamento religioso ou ao psicológico, sendo a sociedade a fonte de valores, onde o mal é tudo aquilo que não for útil ou ofensivo ao interesse coletivo. O homem seria um ator social em busca de status, onde no capitalismo seria representado pela pessoa do empresário e, no socialismo, seria o operário revolucionário (TOURAINE, 2012, p.23) É neste viés em prol da sociedade que ganha força a tese do contrato social de Jean-Jaques Rousseau, baseada na concepção de utilidade social.

Uma das preocupações do tempo moderno era conter qualquer totalitarismo, como forma de concentração de poder, acontecimento muito presente no passado, mas que ainda invadiu a modernidade, como, por exemplo, no governo de Luís Napoleão, na ascensão do fascismo, do stalinismo e de outros episódios do século XX (GIDDENS, 1991, p.17). Todos estes eventos, direcionados a prestigiar valores fundamentais nos novos tempos, contribuíram para o esforço em busca do aperfeiçoamento de um sistema jurídico limitador do poder estatal, protegendo o cidadão de arbítrios.

5 A RAZÃO PENAL E O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

A ideia de pacto social de Rousseau[6], desenvolvida na modernidade, ganha força, onde o indivíduo ser dotado de razão e liberdade, visando sua própria conservação, percebe ter chegado a um estado de evolução que não criava mais força nova, podendo apenas unir e gerir as já existentes. Assim, concluiu-se que seria inteligente e viável o homem doar seus direitos em prol da comunidade, revertendo maior benesse em prol do coletivo, do que se conservasse seus direitos na seara individual, tendo o Estado como o grande gerenciador dos interesses comunitários, sendo criado para resolver os problemas sociais, inclusive, criando e aplicando sanções.

[6] Rousseau (2003, p. 31-32) assim assevera: “Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes. [...] Se afastarmos pois do pacto social o que não é da sua essência, achá-lo-emos reduzido aos termos seguintes: Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo.”

Porém, ao mesmo tempo, que a concepção de contrato social defende a transferência de poder para o Estado, inclusive para punir, Rousseau perfilha que tal poder não pode ser absoluto[7]. A Revolução Francesa e a Americana, acontecidas na segunda metade do século XVIII, inspiradas também na ideia de contrato social e reagindo contra o absolutismo monárquico, desencadearam movimento, denominado de constitucionalismo, consistente na fabricação de constituições, visando impor limites ao Estado e, ao mesmo tempo, garantir direitos fundamentais aos cidadãos, calcados no ideal de liberdade[8]. Transportando-se a ideologia do contrato social para a seara penal, ressaltando-se que a autonomia da vontade e a liberdade por parte do indivíduo contratante são condições de validade do pacto social, caso contrário seria nulo, bem como estabelecidos os direitos e deveres dos cidadãos e do Estado, percebe-se que a intervenção estatal na seara particular do indivíduo só é legítima, se sua ação ou omissão causar dano relevante a outrem[9]. Como consequência do processo de secularização[10], a laicização do Estado, impõe separação entre crime (delito) e moral (pecado); crime não será mais a violação à lei divina, e sim, a promulgada pelo Estado[11].

---

[7] "Todos os serviços que um cidadão pode prestar ao Estado, ele os deve apenas se o soberano pedir; mas da sua parte o soberano não pode carregar os valores de alguma pena inútil à comunidade até não o pode querer pois, sob a lei da razão como sob a da natureza nada se faz sem casa. [...] Por isso, é claro que o supremo poder, tão absoluto, sagrado, e inviolável como é, não transpõe nem pode transpor os limites das convenções gerais, e que todo homem pode plenamente dispor da liberdade e bens que lhe deixaram as convenções; de sorte que nunca o soberano tem o direito de onerar mais a um que a outro cidadão, porque então, particularizado o negócio, não é mais competente o seu poder." (ROUSSEAU, 2003, p. 43-45).

[8] "No que diz com a sua função como limite negativo – na esteira do que bem apontam Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg -, é possível reconhecer na dignidade da pessoa humana uma espécie de 'Sinal de Pare', no sentido de uma barreira absoluta e intransponível (um limite) inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência do Estado e da sociedade, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos. Nesta perspectiva, a dignidade da pessoa humana assume a condição de direito de defesa, que tem por objeto a proibição de intervenção na esfera da liberdade pessoal de cada indivíduo e a salvaguarda da integridade física e psíquica de cada pessoa contra toda e qualquer ação estatal e particular." (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2016, p. 35).

[9] Tal concepção mais tarde veio ser incorporada no vetor interpretativo do princípio da lesividade, cujo conteúdo indica Batista (2011, p. 89): "Como ensina Roxin, 'só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; [...].' À conduta puramente interna ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a *lesividade* que pode legitimar a intervenção penal."

[10] "O termo *secularização* é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mas especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciência(s)" (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p.5).

[11] Ensina ainda Carvalho (2001, p. 55) que: "Os fundamentos do direito penal moderno são lançados em bloco pela ilustração, tendo em vista a coerência e sintonia de suas proposições: a lei penal – geral, anterior, taxativa e abstrata (*legalidade*) – advém do contrato social (*jusnaturalismo antropológico*), livre e conscientemente aderido por pessoa capaz (*culpabilidade/livre arbítrio*), que se submete à penalidade (*retributiva*) em decorrência da violação do pacto por atividade externamente perceptível e danosa (direito penal do fato), reconstituída e comprovada em processo contraditório e público, orientado pela presunção de inocência e pela atividade imparcial, visto ser a prova livremente apreciada pelo juiz (*sistema processual acusatório*)."

6 O GARANTISMO PENAL

Existe uma forte conexão do surgimento da teoria do garantismo com a modernidade, onde o foco foi a racionalização, exatamente, porque tal teoria visa estabelecer critérios de racionalidade jurídica e de humanização em face da intervenção estatal, exteriorizada em seu direito de punir, visando deslegitimar qualquer exercício de poder opressor, que relegue para o segundo plano os direitos fundamentais e garantias individuais, os quais incorporados no texto constitucional, como consequência do constitucionalismo, impede ou diminui as chances do surgimento e exercício de poderes irracionais, sejam públicos ou privados, funcionando como escudo contra arbitrariedades (CARVALHO, 2002, p.19-20).

O garantismo representa um esquema epistemológico que visa erguer em grau máximo a efetividade dos direitos e garantias constitucionais, bem como impregnar de confiabilidade, de segurança jurídica e de imparcialidade o desenvolvimento da persecução penal e o julgamento da lide.

De acordo, com os ensinamentos de Ferrajoli (2002), o termo garantismo poder ter três significados diversos, porém conexos, os quais formam uma teoria do garantismo apta a ser aplicada não só na seara penal, como também em outros ramos do Direito. O primeiro significado indica o garantismo como um modelo normativo de direito. Traduz-se em um sistema de estrita legalidade, obediência fiel ao Estado de Direito. Aqui, impõe-se uma visão real do modelo garantista consignado na normatividade constitucional e sua efetividade no plano fático, quanto mais efetiva a normatividade garantista, maior será o grau de garantismo. Daí se falar em graus de garantismo, para se desenvolver uma visão crítica e vigilante entre eficácia e efetividade da norma. Em sua segunda acepção, o garantismo seria uma teoria jurídica da validade e da efetividade das normas. Aqui, pretende-se manter a vigília entre o ser e o dever ser, entre o modelo tendente ao garantismo x práticas proporcionais antigarantistas. Caso o direito efetivo, isto é, o direito aplicado esteja diverso do posto no sistema normativo, deve o juiz extirpá-lo, isto é, deve o judiciário promover o controle de constitucionalidade e de legalidade das normas jurídicas. No seu terceiro sentido, o termo garantismo pode ser encarado como uma fisiologia política, onde direito e moral, validade e justiça não devem se misturar. Aqui, garantias penais vigentes não devem ser reduzidas por enfoques morais ou justiceiros, muitas vezes advindos das pressões populares em situações de crises institucionais ou sociais, sob pena da quebra da segurança jurídica fornecida pela normatividade garantista limitadora do poder estatal. (FERRAJOLI, 2002, p.683-686)

Já Feldens (2008, p. 67), assim define o garantismo:

> O garantismo se deve compreender, sobretudo: (a) como uma teoria de base constitucional, (b) orientada à otimização dos direitos fundamentais, (c) o que significa, em Direito, *assegurar juridicamente* (garantir) a sua realização, (d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais, (e) competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente a suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos.

Vale ressaltar que esta concepção garantista deve ser irradiada além da seara do poder constituinte originário e do poder constituinte reformador, para também alcançar os três poderes constituídos: Executivo, Legislativo e Judiciário; o primeiro desenvolvendo uma política criminal, primando por uma execução da pena, onde seja respeitada a integridade físico-psíquica do preso, proporcionando chances reais de ressocialização[12]; o Legislativo fabricando tipos taxativos, criminalizando apenas ofensas mais graves a bens jurídicos mais relevantes, só em casos em que outros ramos do Direito não se mostrem aptos à pacificação social, afastando-se de um direito penal simbólico que, na prática, não resolve o problema da criminalidade[13]; por fim, o Poder Judiciário deve agir com neutralidade e imparcialidade, atento a prova dos autos e com foco nos fatos imputados ao réu, sendo vigilante para se afastar das concepções do direito penal do inimigo[14].

Ferrajoli (2002, p.74-75) propõe dez princípios integrantes do seu modelo garantista, que embora não derivem um dos outros, estão sistematicamente interligados, os quais foram elaborados, sobretudo, sob o manto do iluminismo e do fluxo jus naturalistas entre os séculos XVII e XVIII, sendo, à época, vetores morais e políticos, objetivando a limitação do direito de punir do Estado, muitos deles já incorporados em constituições e em normas infraconstitucionais, erigindo-se a categoria de princípios jurídicos em ordenamentos que tem como fundamento o Estado de Direito. São eles: 1) *Nulla poena sine crimine;* 2) *Nullum crimen sine lege*; 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4) *Nulla necessitas sine injuria*; 5) *Nulla injuria sine actione*; 6) *Nulla actio sine culpa*; 7) *Nulla culpa sine judicio*; 8) *Nulla*

---

[12] Sobre a individualização da pena, explicita Barros (2001, p. 211): "Por inegável carga garantista, o princípio da individualização da pena é irrenunciável. Ocorre que o enunciado dos princípios e garantias constitucionais não significa que, por si só, já sejam realidade, tampouco implica em sua realização imediata. Os princípios e garantias refletem, na verdade, intenções, metas que no Estado de direito se propõe a alcançar. No entanto, dos princípios constitucionais resulta de forma imediata que toda e qualquer forma de exercício do poder deverá estar voltada para sua gradual efetivação e que toda forma de arbitrariedade e violência do poder é ilegítima."

[13] Adverte Fuziger (2015, p. 111): "Os legisladores, muitos em razão das pressões sociais, em grande parte encabeçadas pela imprensa, criam a ilusão sob forma de leis. Na análise de Eduardo Medeiros Cavalcanti, estabelece-se '*uma absorção simbólica das inseguranças excessivamente divulgadas pela mídia, sem respeito a qualquer lembrança do passado e a qualquer perspectiva político-criminal para o futuro.*'"

[14] Leciona Muñoz Conde (2012, p.25): "Neste Direito Penal do Inimigo, de acordo com Jakobs, o Estado para lutar eficazmente contra o inimigo impõe penas desproporcionais e draconianas, penaliza condutas inócuas em si mesmas ou muito distantes de representar uma ameaça ou perigo para um bem jurídico e o que é ainda mais grave, elimina ou reduz ao mínimo certas garantias e direitos do imputado no processo penal."

judicium sine accusatione; 9) *Nulla accusatio sine probatione*; 10) *Nulla probatio sine defensione*. Traduzindo seus conteúdos, temos, respectivamente na mesma ordem, as seguintes premissas: 1) Aplicação de pena só com a ocorrência efetiva de crime; 2) O crime tem que está previsto em lei; 3) A lei penal apenas deve ser fabricada para tutelar o bens jurídicos mais relevantes, não se fazendo necessária, quando outro ramo do Direito já tutela e o faz de forma eficaz, promovendo efetivamente a pacificação social; 4) Só poderá ser objeto de intervenção penal condutas que atinjam bens de terceiros, e não aquelas que não excedam o âmbito do próprio autor; 5) Só condutas humanas exteriorizadas podem ser puníveis 6) Não é admissível responsabilidade penal objetiva, exige-se dolo ou culpa; 7) O sistema deve ser o acusatório, com a presença de um juiz imparcial e competente, onde a função de acusar, defender e julgar são exercidas por três atores processuais distintos; 8) O juiz não pode agir de ofício, tem que ser provocado; 9) O ônus probatório cabe a quem acusa e a condenação exige provas robustas, que não deixem espaços para dúvidas; 10) O contraditório deve acontecer com a presença de defensor em favor do réu, sob pena de nulidade.

Muitos destes axiomas foram incorporados expressamente no Texto Constitucional Brasileiro de 1988, Constituição esta elaborada logo após o Brasil sair de uma ditadura militar, passando por uma redemocratização. E, porque ainda não dizer, sob o fluxo de características da modernidade, como, por exemplo, a racionalização e a secularização, havendo também a influência da experiência constitucional de outros países que já tinha avançado neste modelo garantista.

7 A CONTITUIÇÃO DE 1988 E O GARANTISMO

A nossa Carta Maior de 1988, diferente das anteriores, trouxe uma característica importante, cuja ideia foi passar a mensagem de relevância do tema: os princípios fundamentais e os direitos e garantias fundamentais vieram anunciados logo no início do texto constitucional, nos Títulos I e II (BULOS, 2009, p.382). Quanto a sua função ou estrutura, é classificada como uma constituição-garantia ou constituição-quadro, exatamente, porque não se limita a organizar o poder, estabelecendo um Estado de Direito, com sua forma e regime de governo, vai além, preocupa-se em anunciar de forma expressa um conjunto de direitos e garantias fundamentais, dentre elas as liberdades-negativas, as quais são frutos da limitação do poder público, com objetivo de tutelar a liberdade individual dos cidadãos, estando elencadas no Título II da Constituição Federal de 1988 (NOVELINO, 2016, p.98).

Outra característica do Texto Maior de 1988 é sua rigidez, pois é integrado de um núcleo intangível, denominado cláusulas pétreas, onde nesta parte não pode ser alterado. Já sua parte passível de modificação só poderá ser reformada, por meio de um procedimento mais complexo do que os das normas infraconstitucionais, ou seja, por Emenda à Constituição, a qual exige dois turnos de aprovação em cada casa do Congresso Nacional, com quórum qualificado de 3/5 em cada turno, além de dispor de outras exigências (art. 60, CF). Nesta linha, a Constituição ocupa o ápice da pirâmide jurídica, onde as demais normais infraconstitucionais deve-lhe obediência, logo, as garantias constitucionais, inclusive as penais, por estarem presente no Texto Constitucional, especificamente no art. 5º da CF, gozam desta supremacia, além de serem consideradas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF), não podendo serem suprimidas ou violadas por Emenda à Constituição, nem pelo legislador ordinário.

Não se vai levar em conta aqui a distinção técnica, no âmbito constitucionalista, entre direitos fundamentais, garantias e remédios constitucionais[15], haja vista que uma das propostas deste tópico é apenas ressaltar a existência de normas que limitam o poder estatal e tutela a liberdade individual, assim, o conjunto de tais normas será tratado como garantias penais na concepção de Ferrajoli. As garantias penais compõem o bloco dos direitos e garantias fundamentais de primeira geração ou dimensão, baseada no ideal de liberdade da Revolução Francesa, conhecidos como direitos de defesa ou resistência, onde se pode exigir do Estado um dever de abstenção, para que não haja intromissão na autonomia dos indivíduos (NOVELINO, 2016, p.269).

Pode-se citar algumas presentes expressamente no Texto Constitucional de 1988, são elas: 1) Proibição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII); 2) A plenitude de defesa no Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII,); 3) Princípio da legalidade e anterioridade da lei penal (art. 5º, XXXIX); 3) Proibição de retroatividade da lei para prejudicar o réu (art.5º,XL); 4) Vedação à discriminação aos direitos e liberdades fundamentais (art.5º, XLI); 5) Princípio da responsabilidade pessoal do direito penal (art. 5º, XLV); 6) Princípio da individualização da

[15] "Na lição de Ruy Barbosa, os direitos fundamentais consagram *disposições meramente declaratórias* (imprimem existência legal aos direitos reconhecidos). Já as garantias fundamentais contêm *disposições assecuratórias* (defendem direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos). Embora o Título da Carta Maior tenha mencionado a terminologia 'Direitos e Garantias Fundamentais', não distinguiu uma categoria da outra. Resta ao intérprete fazê-lo. Numa mesma norma constitucional, contudo, garantias podem vir disciplinadas junto com direitos. Exemplos: CF, art. 5º, VI – Direito de crença + garantia da liberdade de culto; CF, art. 5º, IX – direito de expressão + garantia da proibição à censura; e CF, art. 5º, LV – Direito à ampla defesa + garantia do contraditório. Certamente, pouco importa um direito fundamental ser reconhecido ou declarado se não for garantido, pois existirão momentos em que ele poderá ser alvo de discussão e até de violação." (BULOS, 2009, p. 407).

pena (art. 5º, XLVI); 7) Vedação da pena de morte como regra (art. 5º, XLVII); 8) Individualização da pena na fase de sua execução (art. 5º, XLVIII); 9) Respeito à integridade física do preso (art. 5º, XLIX); 10) Direito de amamentação pelas presidiárias (art. 5º, L); 11) Proibição de extradição do brasileiro nato (art. 5º,LI); 12) Princípio do Juiz Natural (art. 5º, LIII); 13) Princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV); 14) Princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º,LV); 15) Inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI); 16) Regra da desnecessidade de identificação criminal (art. 5º, LVIII); 17) A prisão como exceção , a liberdade como regra (art. 5º, LXI); 18) Direito do preso comunicar sua prisão a quem desejar (art. 5º, LXII); 19) O direito ao silêncio do preso e de ter assistência de sua família e de advogado (art. 5º, LXIII); 20) Proibição de prisão ilegal (art. 5º, LXV); 21) Possibilidade de liberdade provisória, quando a lei a admite (art. 5º, LXVI); 21) Direito ao habeas corpus na ameaça ou violação da liberdade individual (art. 5º, LXVIII).

Percebe-se que a Lei Maior de 1988 apresenta um modelo normativo garantista aprimorado e forte contra arbitrariedades policialesca do Estado, bem como que a teoria do garantismo de Ferrajoli, tendo como base empírica os acontecimentos históricos ocorridos na Itália nas décadas de setenta e oitenta, marcados por arbítrios seja da policia, do órgão acusador, do Judiciário, do Executivo e do Legislativo, continua sendo, hodiernamente, um tema pertinente à realidade brasileira, como se percebe pela resposta às seguintes indagações: será que o modelo normativo garantista da Constituição Federal de 1998 goza de efetividade? Será que a prática penal forense se alinha a este modelo de forma absoluta? Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm obedecido à imposição constitucional de respeitabilidade às liberdades individuais? Olhando-se para o presente e para o passado não muito remoto, a resposta, certamente, é não.

Atualmente, podem ser citados, por exemplo, medidas sem amparo constitucional e legal, deflagradas em grandes operações estatais, como: determinações de conduções coercitivas para depor na fase inquisitorial, sem intimação prévia, o alongamento de prisões cautelares com a finalidade de obtenções de delações premiadas, o aumento desproporcional de penas, como vertente do direito penal simbólico, para atender casuisticamente anseios populares, excitados pelo sensacionalismo da mídia, dentre outros, configurando um verdadeiro direito penal de emergência, assim definido por Ferrajoli[16]. Esta concepção

[16] Expressão utilizada por Ferrajoli, para apontar a postura do Estado, baseada em caracteres políticos, e não do Direito, para desencadear e tornar forte uma atividade de polícia e/ou judicial, onde os fins justificam os meios, direcionadas para reagir contra crimes específicos e protótipos de réus individualizados, onde as razões políticas do Estado se sobrepõem ao Estado de Direito. Nesta linha, o Estado justifica os meios para enfrentar a criminalidade, ainda que imoral ou penalmente ilegal, sob o argumento que, para defender o Estado de ataques

totalitária do Estado é apontada por Ferrajoli como princípio da razão do Estado, a qual é incompatível com a jurisdição penal delineada no Estado Moderno do Direito, afirmando que quando o Estado invoca tal princípio para agir violando as regras de direito postas previamente no sistema jurídico, criando um direito de exceção denominado direito de emergência, não existe mais jurisdição, e sim arbítrio policialesco. Ferrajoli aponta relevante contradição do Estado, o qual, nas regras de direito, exige a atuação de um juiz imparcial, mas tem com ponto de partida o enfrentamento de "inimigos", agindo mais de forma cordial, do que com a razão, baseado puramente em um subjetivismo estatal blindado de qualquer verificação externa quanto à sua legalidade ou legitimidade (FERRAJOLI, 2002, p.654-655).

Luigi Ferrajoli, atento a esta falta de efetividade das normas constitucionais, o que resulta em práticas antigarantistas, alerta pela necessidade que os operadores do direito e os poderes constituídos estejam atentos, para no seu campo constitucional de atuação, venham extirpar qualquer prática violadora da liberdade individual, bem como fazer o controle de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais que afronte a tutela constitucional das liberdades individuais.[17] Porque não bastam as garantias estarem resguardadas no Texto Constitucional, tem que se garantir sua aplicabilidade prática, sob pena da constituição, na concepção sociológica de Ferdinand de Lassale, ser apenas uma mera folha de papel que pode ser rasgada a qualquer momento[18].

Vale destacar ainda que as normas constitucionais que tutelam a liberdade individual, presentes no art. 5º da CF, gozam de aplicabilidade imediata (art.5º, § 1º, CF)[19], o que adiciona ao seu poder vinculante a garantia de efetividade, não podendo o Estado durante a

---

internos ou externos, sua ação está legitimada, ainda que se instaure um direito penal especial, de exceção ou do autor em circunstancias fáticas do momento levantadas pelo Estado. (FERRAJOLI, 2002, p.654-655).

[17] Ferrajoli (2002, p. 684-685) desenvolvendo sobre uma teoria do direito e crítica do direito, assevera: "[...] é uma *teoria da divergência* entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes. A desenvolvida neste livro é, por exemplo, uma teoria garantista do direito penal ao mesmo tempo normativa e realista [...]. Sob ambos os aspectos, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação *interna* do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão *crítica* sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e do ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo."

[18] Sobre o sentido sociológico de constituição de Ferdinand Lassale: "[...] por prevalecer sempre a vontade dos titulares do poder, a constituição jurídica só será boa e duradoura quando '*corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores que regem o país.*' Do contrário, não passará de uma 'folha de papel' fadada a sucumbir, de forma inevitável, diante dos fatores reais de poder." (NOVELINO, 2016, p.89)

[19] Adverte Salet (2009, p. 366): "Ao art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa – de acordo com a lição de Jorge Miranda – que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como 'baliza e referencial'. [...] Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.

persecução penal fazer vista grossa do comando normativo garantista, pelo contrário, tem que fazer tudo que é possível, para concretizá-lo.

8 CONCLUSÃO

Percebe-se pelo exposto que predominou na trajetória do Direito Penal uma evolução contra o arbítrio estatal, porém ainda detectamos alguns retrocessos, o que se impõe vigilância, para que as normas constitucionais, embora providas de eficácia, sejam dotadas também de efetividade. Um modelo garantista fraco só interessa a um Estado com viés opressor, o que é incompatível com o Estado de Direito e, no nosso caso também, com o princípio matriz constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), grande vetor interpretativo contra arbítrios estatais. De mais a mais, o próprio arcabouço constitucional expresso de direitos e garantias fundamentais, além daqueles implícitos, como os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, os quais funcionam como uma barreira em face de abusos no exercício do direito de punir por parte do Estado.

Não se nega a necessidade do jus puniendi estatal, quando da violação de um tipo penal, mas este deverá ser exercitado com equilíbrio, respeitando-se as garantias constitucionais e o princípio da legalidade, este último garantidor de uma segurança jurídica, no sentido de o cidadão saber, previamente pelo que poder ser punido e em que limites. Não podemos esquecer que o Estado é uma instituição poderosa, exigindo-se limites no direito de punir, para que não haja inconstitucionalidade ou ilegalidade na restrição do bem jurídico de alta relevância, que a liberdade do indivíduo.

Por fim, deve-se ressaltar que, mesmo em situações de crises sociais e/ou institucionais, onde se busca uma maior ênfase em segurança pública, na diminuição da violência e da criminalidade, não se deve criar estados de exceções não autorizados pela constituição, sob a justificativa que se trata de meios necessários para atingir tal desiderato estatal. Os meios não devem encontrar suas justificativas nos fins, mas acima de tudo devem encontrar respaldo legal e/ou constitucional, caso contrário, a atuação do Estado estará eivado de vício, o que não se concebe em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmem Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. rev. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. Aplicação da Pena e Garantismo. 2.ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 15.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. **Das penas**: suas teorias e funções no moderno direito penal. Canoas/RS: ULBRA, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência, constituição penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FUZIGER, Rodrigo. **Direito penal simbólico**. Curitiba: Juruá, 2015.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Vol. I. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Marins Fontes, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivim, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo/SP: Editora Martin Claret, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 15.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. **Constituição e direito penal**: temais atuais e polêmicos, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. 10.ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.