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.

CONFLITOS ENTRE O DIREITO E PENAL MODERNO E O GARANTISMO À LUZ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CONFLICTS BETWEEN MODERN CRIMINAL LAW AND THE THEORY OF PENAL "GUARANTISM" UNDER THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Jussara Maria Moreno Jacintho [1]
Jorge Flávio Santana Cruz [2]

Resumo

A Modernidade, o desenvolvimento econômico, a globalização e as inovações tecnológicas criam desequilíbrios nos países nas áreas econômica, cultural, social e política. Essas mudanças acontecem de diferentes formas e intensidades e forçam o legislador derivado a reformar as constituições visando adequar a ordem jurídica interna a essas transformações. Contudo, tais reformas acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, especialmente, em relação ao direito penal e processual penal, visto que, suprimem ou até mesmo, reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Palavras-chave: Modernidade, Reformas, Legislação, Direitos fundamentais, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

Modernity, economic development, globalization and technological innovations create imbalances in countries in the economic, cultural, social and political areas. These changes occur in different forms and intensities and force the legislator to reform the constitutions in aiming to adapt the internal legal system according to these transformations. However, such reforms end up interfering with fundamental rights and guarantees, especially in relation to criminal and procedural criminal law, since they suppress or even reduce guarantees because they do not respect the limits imposed by the original constituent legislator

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Modernity, Reforms, Legislation, Fundamental rights, Constitution

[1] Doutora em Direito pela PUC-SP

[2] Mestrando em direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe - UFS

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico tem causado grandes transformações no mundo contemporâneo. As novas tecnologias e a globalização têm influenciado mudanças e interferindo no comportamento dos cidadãos do globo.

A sociedade sofre a influência das mídias cuja atuação ultrapassa em muito o foco na área econômica, interferindo nos comportamentos sociais, nos valores culturais e criando novas modalidades discursivas. Evidentemente, existem aspectos positivos, tais como o aceso à informação, o atendimento mais rápido de demandas apresentadas pela sociedade moderna, uma crescente mudança na economia e, por consequência, no direito positivado.

A globalização redesenha o paradigma clássico simbolizado pelo Estado-Nação, que, esvaziado de poder, destituído das simbolizações que o estruturavam, concomitantemente, assiste a perda de sua autonomia e legitimidade. Assim, o Estado torna-se ineficaz ao regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, ficando obrigado a partilhar sua soberania com outras estruturas.

Nessa conjuntura, as reformas constitucionais desenvolvidas ocorrem de diferentes maneiras entre os países. É partindo dessa premissa que apresentamos neste trabalho a problemática a ser enfrentada atualmente pelas sociedades.

A presente pesquisa versa sobre os reflexos ou efeitos das transformações extraídas das visões Filosóficas dos Teóricos Jürgen Habermas e Alan Touraine nos direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição Federal, o impacto das alterações do direito penal e processual penal sob a ótica da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli. Visa demonstrar também, de forma singela, os retrocessos ou o que a doutrina chama de antigarantismo decorrentes dos Tratados e Convenções internacionais, tema que ocupa lugar de destaque no cenário jurídico e na academia. A pretensão é contribuir de alguma forma para que essa roda motriz transformadora não sacrifique os direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo do processo histórico da humanidade. Nesse sentido, diz Ingo Sarlet [1](2015): "é examinar o que será possível ou não ser concretizado, olhando para a forma que se apresentam as propostas de reformas no aspecto juridico? ou seio social e político?"

Deste modo, tem-se como objetivo a discussão do tema proposto para o meio da academia, expor a um maior número possível de crítica, contribuindo para a produção do

[1]SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 12 ª edição, 2015, p. 403

conhecimento no campo do Direito e disseminar na sociedade o que a dogmática conceitua de "efeitos" na vida do homem comum.

Procura-se adotar um enfoque eminentemente jurídico na abordagem da matéria, resguardando-a das posturas ideológicas de organizações corporativas engajadas nas lutas políticas visando os interesses específicos da classe profissional. Os políticos, muitas vezes, tratam a problemática das reformas com viés ideológico, no calor da pressão popular. Ao mesmo tempo, sacrificam os direitos do povo em face da necessidade do Estado em fazer caixa (o famoso déficit fiscal) o que provoca uma ineficácia dos princípios do Direito Penal Constitucional moderno encartados nas Cartas Políticas.

O poder de reforma dos governos atinge todas as áreas e parece não ter fim. Por isso, este estudo procura apresentar a problemática e contribuir de forma crítica para que a sociedade possa encontrar as soluções.

A Modernidade no Ocidente

Existem muitos conflitos entre o direito penal moderno, o garantismo e os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988. Sem a ousadia de querer esgotar o estudo dessas categorias, é válido demonstrar o nexo temporal na construção da conquista do garantismo penal pelas sociedades modernas e sua influência nos direitos e garantias fundamentais presentes ou não no catálogo da Carta Política.

Nesse sentido, não há como iniciar a discussão do tema sem ter que apresentar a importância da noção de Modernidade presentes em partes das lições de Jürgen Habermas em sua obra “O Discurso Filosófico da Modernidade” e das lições de Alain Touraine em sua obra “Crítica da Modernidade”.

Habermas inicia o seu discurso sobre a Modernidade falando da racionalização descrita por Max Weber. Em seu entender, “racional” é um processo de desencantamento ocorrido na Europa que ao destruir as imagens religiosas do mundo criou uma cultura profana.

Neste contexto, seguem as palavras de Jürgen Habermas[2]:

> O que Max Weber descreveu do ponto de vista da racionalização não foi apenas a profanação da *cultura* ocidental, mas, sobretudo, o desenvolvimento das sociedades modernas. As novas estruturas sociais são caracterizadas pela diferenciação daqueles dois sistemas, funcionalmente interligados, que se cristalizaram em tomo dos núcleos organizadores da empresa capitalista e do

[2] HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodinei Nascimento. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 4.

> aparelho burocrático do Estado. Weber entende esse processo como a institucionalização de uma ação econômica e administrativa racional com respeito a fins. À medida que o cotidiano foi tornado por esta racionalização cultural e social, dissolveram-se também as *formas de vida* tradicionais, que no início da modernidade se diferenciaram principalmente em função das corporações de oficio. No entanto, a modernização do mundo da vida não foi determinada apenas pelas estruturas da racionalidade com respeito a fins. E. Durkheim e G. H. Mead viram que o mundo da vida racionalizado e caracterizado antes por um relacionamento reflexivo com tradições que perderam sua espontaneidade natural; pela universalização das normas de ação e uma generalização dos valores que liberam a ação comunicativa de contextos estreitamente delimitados, abrindo-lhe um leque de opções mais amplo; enfim, por modelos de socialização que se dirigem à formação de identidades abstratas do eu e que forçam a individualização dos adolescentes. Em linhas gerais, esse é o quadro da modernidade tal como tratado pelos clássicos da teoria social.

Em seu discurso filosófico Habermas procura inserir na caminhada as diversas visões literárias dos filósofos sobre a Modernidade em doze lições. Na primeira delas, empenha-se em situar a Modernidade no tempo e a necessidade de certificação.

Em seguida, mergulha no conceito Hegeliano de Modernidade a passagem filosófica do jovem Hegel e seus seguidores até o Hegel maduro. Habermas disse que Hegel foi o primeiro filósofo que desenvolveu um conceito claro de modernidade; em razão disso e necessário retornar a Hegel para entender o que significou a relação interna entre modernidade e racionalidade, que permaneceu evidente até Max Weber e hoje é debatida.

Segundo Habermas, Hegel emprega o conceito de modernidade, antes de tudo, em contextos históricos, como conceito de época: os '"novos tempos" são os "tempos modernos". O diagnóstico dos novos tempos e a análise das épocas passadas se correlacionam." Hegel afirma que uma vez que o mundo novo, o mundo moderno, se distingue do velho pelo fato de que se abre ao futuro, o início de uma época histórica repete-se e reproduz-se a cada momento do presente, o qual gera o novo a partir de si. Ele data o começo do tempo presente a partir da cesura que o Iluminismo e a Revolução Francesa significaram para os seus contemporâneos mais esclarecidos no final do século XVIII e começo do XIX. Com esse "magnífico despertar" alcançamos, assim pensa ainda o velho Hegel, "o ultimo estagio da história, o nosso mundo, os nossos dias. Um presente que se compreende, a partir do horizonte dos novos tempos, como a atualidade da época mais recente, tem de reconstituir a ruptura com o passado como uma renovação contínua.

É nesse sentido que os conceitos de movimento do século XVIII juntamente com as expressões "modernidade" ou "novos" tempos, se inserem ou adquirem os seus novos

significados, válidos até hoje: revolução, progresso, emancipação, desenvolvimento, crise, espírito do tempo etc. Como visto anteriormente, Habermas incluiu no seu discurso a opinião de vários Filósofos sobre a Modernidade. Desse modo, para Baudelaire[3] a experiência estética confundia-se, nesse momento, com a experiencia histórica da modernidade. "A modernidade é o transitório, o efêmero, o contingente, e a metade da arte, sendo a outra o eterno e o imutável."

O presente não pode mais obter sua consciência de si com base na oposição a uma época rejeitada e ultrapassada, a uma figura do passado. Hegel foi o primeiro a tomar como problema filosófico o processo pelo qual a modernidade se desliga das sugestões normativas do passado que lhe são estranhas. O fato de uma modernidade sem modelos ter de estabilizar-se com base nas cisões por ela mesma produzidas causa uma inquietude que Hegel concebe como "a fonte da necessidade da filosofia". Quando a modernidade desperta para a consciência de si mesma, surge urna necessidade de autocertificação, que Hegel entende como a necessidade da filosofia.

A grandeza de nosso tempo é o reconhecimento da liberdade, a propriedade do espírito pela qual este está em si consigo mesmo. Nesse contexto, a expressão subjetividade comporta sobretudo quatro conotações: a) individualismo: no mundo moderno, a singularidade infinitamente particular pode fazer valer suas pretensões; b) direito de crítica: o princípio do mundo moderno exige que aquilo que deve ser reconhecido por todos se mostre a cada um como algo legítimo; c) autonomia da ação: é próprio dos tempos modernos que queiramos responder pelo que fazemos; d) por fim, a própria filosofia idealista: Hegel considera como obra dos tempos modernos que a filosofia apreenda a ideia que se sabe a si mesma.

A subjetividade como característica da Modernidade tem passagem por Descartes e Kant. Trata-se da estrutura da autorrelação do sujeito cognoscente que se dobra sobre si mesmo enquanto objeto para se compreender como em uma imagem especular, justamente de modo "especulativo". Kant toma essa abordagem da filosofia da reflexão como base de suas três "Criticas". Ele faz da razão o supremo tribunal ante o qual deve se justificar tudo aquilo que em princípio reivindica validade. Ele separa do conhecimento teórico as faculdades da razão prática e do juízo e assenta cada uma delas sobre seus próprios fundamentos.

Kant expressa o mundo moderno em um edifício de pensamentos. De fato, isto significa apenas que na filosofia kantiana os traços essenciais da época se refletem como em um espelho, sem que Kant tivesse conceituado a modernidade enquanto tal. Só mediante uma visão retrospectiva Hegel pode entender a filosofia de Kant como autointerpretação decisiva da

[3] Ibidem., p.14.

modernidade. Kant não considera como cisões as diferenciações no interior da razão, nem as divisões formais no interior da cultura, nem em geral a dissociação dessas esferas.

Hegel procura conceituar Modernidade na época do auge do Iluminismo que culminou com Kant e Ficthe. A razão foi substituída pelo entendimento ou pela reflexão de modo equivocado e, com isso, elevou algo finito a absoluto. Na verdade, o infinito da filosofia da reflexão é algo racional simplesmente posto pelo entendimento e que se esgota na negação do finito. Assim, seu estudo tem foco na cisão entre a religião, a política e a moral. Esses são, portanto, os motivos históricos que levam Hegel a projetar a razão a priori como um poder que não apenas diferencia e fragmenta o sistema das relações de vida, mas que também o reunifica. No conflito entre ortodoxia e Iluminismo, o princípio da subjetividade gera uma positividade que, em todo caso, provoca a necessidade objetiva de sua superação.

Essa figura de pensamento, característica de Hegel, utiliza os meios da filosofia do sujeito com a finalidade de sobrepujar a razão centrada no sujeito. Com ela, o Hegel da maturidade pode convencer a modernidade dos seus erros, sem recorrer a outro princípio que não seja o da subjetividade que lhe é imanente. Sua estética oferece um exemplo instrutivo a esse respeito.

Enfim, Hegel traça em seu estudo um paralelo nas relações entre a cultura, arte, religião, racionalidade e subjetividade com a tradição, as diversas correntes filosóficas de cada época, bem como a separação da razão, religião, moral, direito, Estado e a subjetividade.

Para finalizar a noção de Modernidade aqui apresentada e facilitar a compreensão da consciência de tempo, vale ressaltar a citação de Habermas no prefácio de sua obra: "Modernidade - um projeto inacabado.".

Dentro deste contexto, traçando os rumos do que é Modernidade Alan Touraine[4] assim leciona:

> O que é modernidade, cuja presença é tão central em nossas ideias e práticas após mais de três séculos e que está em discussão, rejeitada ou redefinida, nos dias de hoje?
> A ideia de modernidade, na sua forma mais ambiciosa, foi a afirmação de que o homem é o que ele faz, e que, portanto, deve existir uma correspondência cada vez mais estreita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade, regulada pela lei e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se liberar de todas as opressões. Sobre o que repousa essa correspondência de uma cultura científica, de uma sociedade ordenada e de indivíduos livres, senão sobre o triunfo da razão? Somente ela estabelece uma correspondência

[4] TOURAINE, Alain, 1925 – **Crítica da Modernidade.** Tradução Elia Ferreira Edel. 7ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. p. 9.

> entre a ação humana e a ordem do mundo, o que já buscavam pensadores religiosos, mas que forma paralisados pelo finalismo próprio às religiões monoteístas baseadas numa revelação. É a razão que anima a ciência e suas aplicações; é ela também que comanda a adaptação da vida social às necessidades individuais ou coletivas; é ela, finalmente, que a arbitrariedade e a violência pelo Estado de direito e pelo mercado. A humanidade, agindo segundo suas leis, avança simultaneamente em direção à abundância, à liberdade e à felicidade.

Segundo o autor, essa afirmação central foi questionada pelos críticos da modernidade, pois, eles não viam um nexo entre a liberdade, a felicidade pessoal ou a satisfação das necessidades não racionais com a ideia de Modernidade. Para Touraine[5], a modernidade rompeu o mundo sagrado que era ao mesmo tempo sagrado e divino, transparente à razão e criado. Ela não o substituiu pelo mundo da razção e da secularização devolvendo os fins últimos para um mundo que o homem não pudesse mais atingir; ela impôs a separação de um Sujeito descido do céu à terra, humanizado. Do mundo dos objetos, manipulados pelas técnicas. Ela substituiu a unidade de um mundo criado pela vontade divina, a Razão ou a História, pela dualidade da racionalização e da subjetivação.

Alain Touraine em seu livro Crítica da Modernidade classifica em três partes a sua abordagem. A primeira parte ele denomina de A Modernidade Triunfante; a segunda parte foi chamada de A Modernidade em Crise e; a terceira parte, Nascimento do Sujeito.

A ideia de modernidade não exclui a de fim da história, como testemunham os grandes pensadores do historicismo. Mas, o fim da história na verdade é mais o de uma pré-história e o início de um desenvolvimento produzido pelo progresso técnico, a liberação das necessidades e o triunfo do espírito. A ideia de modernidade substitui Deus no centro da sociedade pela ciência deixando as crenças religiosas para a vida privada. O Ocidente, viveu, e pensou a Modernidade como uma revolução. A razão não reconhece nenhuma aquisição; ao contrário, ela faz tábua rasa das crenças e das formas de organização sociais e políticas que não se baseiam em uma demonstração de tipo científico. O que vale para a sociedade vale para o indivíduo.

A noção de sociedade recebeu no pensamento social clássico um outro sentido, explicativo e não descritivo, já que a sociedade e a posição ocupada em seu seio são, nesse caso, elementos de explicação das condutas e de sua avaliação. Este sociologismo é um elemento central da visão modernista. Para Alan Touraine a identificação da Modernidade com a razão foi mais francesa do que inglesa. A Revolução Inglesa e o Bill of Rights de 1689 clamavam mais pela restauração dos direitos tradicionais do Parlamento, enquanto que a Revolução

[5] Ibidem., p. 12.

Francesa, a partir da sua radicalização, clamava, em nome da razão, pela unidade da nação e pelo castigo aos agentes do rei e do estrangeiro.

A ideia central que se impõe é que os dois polos da modernidade, a racionalização e a subjetivação estão em vias de separar-se, enquanto que o mundo anterior, dominado pela união entre a filosofia e a teologia cristãs, estava instalado num pensamento ao mesmo tempo mágico e racionalista, cristão e aristotélico. Esta separação afetará todos os campos.

Touraine encarta em sua obra o pensamento crítico filosófico moderno contra a Modernidade. Esse pensamento historicista está estreitamente associado à ideia revolucionária, presente desde o início do pensamento modernista, mas que ocupa, após a Revolução Francesa, um lugar de destaque que só abandonará com a saída de numerosos países do Centro e do Leste Europeu do sistema comunista em 1989.

A ideia revolucionária reúne três elementos: a vontade de libertar as forças da modernidade, a luta contra um antigo regime que é obstáculo para a modernização e para o triunfo da razão e a afirmação de uma vontade nacional que se identifica com a modernização.

É no pensamento de Marx que a Filosofia da história vive com maior dramaticidade a contradição entre sua força libertadora e a submissão do sujeito à História. Marx é o sociólogo da industrialização porque reflete sobre uma sociedade que não é mais a do mercado, mas a da fábrica. Ele está muito mais próximo dos grandes destruidores da ideia de modernidade como Nietzsche e Freud. O primeiro dever dos intelectuais hoje em dia é estabelecer um novo retorno à subjetividade sabendo-se que a Modernidade se define pela separação crescente entre a racionalização e a subjetividade e que a grande síntese historicista foi um sonho perigoso e que a revolução sempre foi contrária à democracia.

O modernismo deu prioridade à destruição do passado, à liberação e à abertura para a concepção de uma nova situação histórica, um novo tipo de sociedade onde a modernidade será redefinidida.

É neste contexto de profundas e inacabadas mudanças na sociedade moderna que surgem a necessidade de modificar e ampliar as legislações dos Estados. Muitas vezes, essas mudanças legislativas criam desformidades no sistema jurídico por não observar os direitos e garantias fundamentais, especialmente em matéria de direito penal.

A Teoria Garantista

Na contemporaneidade as demandas sociais por profundas transformações exigem uma interlocução com o campo do Direito Positivo. Este, por sua vez, guarda correspondência

com os avanços da sociedade, com os novos paradigmas impostos pelas inovações tecnológicas e pelo processo de globalização e com consequentes possibilidades de diálogo social. Nesse sentido, ensina Norberto Bobbio:

> Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Para este autor é necessário que o direito positivo dos países adeque-se às transformações da sociedade dando eficácia (jurídica e social) aos direitos humanos, mesmo nos casos em que estes não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado por depender, em regra, de sua recepção na ordem jurídica interna e do status jurídico que lhes são atribuídos, visto que ao contrário lhes falta à necessária relevância/legitimidade.

Por Estado democrático de direito entende-se geralmente um Estado em que se aplica a garantir o respeito das liberdades, ou seja, o respeito pelos direitos fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Trata-se da doutrina da superioridade do governo das leis sobre governo dos homens. O Estado de direito significa não só a subordinação dos poderes públicos às leis, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionais e, portanto, invioláveis.

A configuração do Estado democrático de direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de direitos; consiste na adesão de ambos os conceitos, renomeados como um novo conceito que incorpore um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

O Direito Penal não ficou isolado e imune a essas transformações sociais, passando, cada vez mais, a ser objeto de estudo principalmente sobre o aspecto do arbítrio na aplicação das penas, ou seja, a sua humanização, no direito de defesa do acusado e no devido processo legal.

As prisões e o processo do acusado historicamente sempre foram objeto de estudo. Cesare Beccaria[6] em sua obra Dos Delitos e Das Penas enfrentou essa problemática quando disse:

> Concede-se em geral, aos magistrados incumbidos de fazer as leis, um direito que contraria o fim da sociedade, que é a segurança pessoal; refiro-me ao

[6] BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos E Das Penas**. São Paulo: Editora Martins Claret, 2003, p. 26.

> direito de prender, de modo discricionário, os cidadãos, de vedar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos e, consequentemente, de deixar em liberdade os seus protegidos, apesar de todas as evidências do delito.

Nos dias atuais, essa preocupação está na ordem do dia, sendo difundido, pela doutrina Garantista. Luigi Ferrajoli[7] em sua obra Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal faz uma apresentação da razão no direito penal especialmente abordando a questão da epistemológica do garantismo. O autor explica que o direito penal nos ordenamentos desenvolvidos é predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico - a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência - são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.

O autor diz que os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII, são muitos e distintos as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções militaristas do direito e da pena.

Entre as diversas Teorias Filosóficas estão presentes situações extremas que assim como permitem uma concepção da pena como mínima aflição necessária, mas também podem informar tecnologias penais autoritárias e antigarantistas, como as da prevenção especial ou as da defesa social, orientadas ao objetivo da máxima segurança possível. E o positivismo jurídico, se por um lado, está na base do princípio da estrita legalidade, por outro também permite modelos penais absolutistas, caracterizados pela ausência de limites ao poder normativo do soberano, ao mesmo tempo em que se mostra, em todo caso, completamente neutro a respeito de todas as demais garantias penais e processuais.

Além da heterogeneidade e da ambivalência de seus pressupostos teóricos e filosóficos, é certo que os princípios mencionados, tais como se consolidaram nas constituições e codificações modernas, formam em seu conjunto um sistema coerente e unitário. Para Ferrajoli a unidade do sistema, depende, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

---

[7] FERRAJOLI, **Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.37.

Para o autor, este esquema apresenta numerosas aporias lógicas e teóricas, que fazem dele um modelo ideal e em grande parte ideológico, e que em várias ocasiões tem provocado sua desqualificação científica e política por parte da cultura jurídica, com resultados indefectivelmente antigarantistas.

Dentro desse contexto, antes de tecer alguma crítica ou até mesmo sugerir uma revisão Ferrajoli apresenta os dois elementos constitutivos. Estes elementos são dois: um relativo à definição legislativa, e o outro à comprovação jurisdicional do desvio punível. E correspondem a singulares conjuntos de garantias – as garantias penais e as garantias processuais - do sistema punitivo que fundamentam.

O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas.

O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica*: nulla poena sine crimine et sine culpa*.

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os "desocupados" e os "vagabundos", os "propensos a delinquir", os "dedicados a tráficos ilícitos", os "socialmente perigosos" e outros semelhantes.

O sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal. *Auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo

do positivismo jurídico: o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito.

Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido. O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como "tipos objetivos" de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal.

Cognitivismo processual e estrita jurisdicionariedade, segundo elemento da epistemologia garantista, associado ao primeiro como sua condição de efetividade, mas frequentemente descuidado, é o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível. Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas "motivações", quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação.

O substancialismo penal e cognitivismo ético é o primeiro aspecto da epistemologia antigarantista é a concepção não formalista nem convencional, mas sim ontológica ou substancialista do desvio penalmente relevante. Segundo esta concepção, objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial e, para além dele, a pessoa do delinquente, de cuja maldade ou antisociabilidade o delito é visto como uma manifestação contingente, suficiente, mas nem sempre necessária para justificar a punição. No plano das técnicas jurídicas, estas representações se refletem em uma desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados.

Para Ferrajoli há ainda formas mais radicais de desvalorização do papel definidor da lei que desembocam em uma dissolução do próprio comportamento criminoso como pressuposto da pena, até identificar, além daquele, o tipo de sujeito ou de autor como delinquente, a partir de um ponto de vista ético, naturalista ou social e, em todo caso, ontológico.

Por outro lado, devem ser recordadas as diversas medidas de defesa social presentes em nosso ordenamento - das medidas de prevenção àquelas de segurança, incluindo as medidas cautelares de polícia, todas irrogáveis não como consequência de fatos legalmente indicados e

judicialmente comprovados como delitos, mas derivados de pressupostos subjetivos dos mais variados: como a mera suspeita de haver cometido delitos ou, pior, a periculosidade social do sujeito, legalmente presumida conforme as condições pessoais ou de status, como as de "desocupado", "vagabundo", "propenso a delinquir", "reincidente", "delinquente habitual" ou "profissional", "de tendência delituosa" ou similares ou de status, como as de "desocupado", "vagabundo", "propenso a delinquir", "reincidente", "delinquente habitual" ou "profissional", "de tendência delituosa" ou similares.

De conformidade a estes critérios de definição substancial do desvio punível, produz-se um esvaziamento objetivo daquela garantia fundamental que é o princípio de estrita legalidade, em virtude do qual ninguém pode ser punido senão por um fato já cometido e exatamente previsto na lei como delito.

O problema da verdade processual - o juízo penal como saber-poder. Garantismo e verdade. A oposição até agora exposta entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade: Se uma justiça penal integralmente "com verdade" constitui uma utopia, uma justiça penal completamente "sem verdade" equivale a um sistema de arbitrariedade.

No modelo ideal da jurisdição, tal como foi concebido por Montesquieu, o poder é "nulo"; na prática costuma ocorrer que nulo é o saber. Inversamente, o despotismo penal é sempre produto do decisionismo, quer dizer, do arbítrio dos juízes e dos critérios substanciais considerados subjetivamente por eles na identificação dos pressupostos da pena, tanto se aquele procede do caráter indeterminado e/ou valorativo da definição legal do desvio, quanto se, ao revés, provém do caráter incontrolável de sua comprovação judicial.

O problema do garantismo penal - O nexo entre legitimidade e verdade que assegura este esquema, ao mesmo tempo epistemológico e normativo, define a natureza específica da jurisdição no moderno Estado de direito. A função judicial, e particularmente a penal, difere assim de todas as demais funções do Estado, porque é uma atividade cognitiva, onde as escolhas e as decisões vêm justificadas por critérios pragmáticos e subjetivos, mas sempre relacionados, como qualquer outra forma de conhecimento, à busca da verdade objetiva.

O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático.

As conduções coercitivas e as prisões cautelares

A condução coercitiva[8] é uma forma impositiva de levar sujeitos do processo, ofendidos, testemunhas, acusados ou peritos, independentemente de suas vontades, à presença de autoridades policiais ou judiciárias. Trata-se de medida prevista no Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) como forma de obrigar o ofendido, a testemunha, o perito, ou qualquer outra pessoa que deva comparecer ao ato para o qual foi intimada, e assim não o faz, injustificadamente.

Segundo alguns juristas, trata-se de uma modalidade de prisão cautelar de curta duração cuja finalidade é garantir a conveniência da produção da prova. Se equiparada à prisão cautelar, a condução coercitiva contraria o artigo 5°, inciso LXI, da Constituição Brasileira de 1988, ainda que o procedimento seja previsto no CPP, instituído em 1941.

O instituto está previsto na redação original da norma do artigo 260 do Código de Processo Penal[9] com o seguinte enunciado: "Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença."

A condução coercitiva de investigado estava sendo utilizada de forma indiscriminada pelas autoridades: da polícia investigativa; dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, principalmente, depois da Operação Lava Jato a partir do ano de 2014 e pelas demais Operações que a sucederam para desvendar os crimes de corrupção ativa e passiva e a lavagem de dinheiro praticados por funcionários do alto escalão do Governo e por grandes executivos e empresários diretores e donos de grandes empresas que têm contrato com o Poder Público.

O entendimento que sempre prevaleceu no Poder Judiciário, desde a origem do instituto em 1941, foi pela admissibilidade da medida. Mesmo após advento da Constituição de 1988, a sua constitucionalidade não tinha sido questionada pelo Supremo Tribunal Federal e alguns Ministros, inclusive, durante a Operação Lava Jato, autorizaram o uso da condução coercitiva.

Entretanto, recentemente, em 14 de junho de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, no julgamento das ADPFs 395 e 444, que o artigo 260 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição por violar o direito dos cidadãos de não produzir provas contra si mesmos — ou o direito à não autoincriminação. Para essa maioria, as conduções coercitivas de investigados para interrogatório são restrições inconstitucionais à liberdade de ir e vir e à presunção de inocência.

---

[8] Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Condu%C3%A7%C3%A3o_coercitiva>. Acesso em: 23.jul.2018.
[9] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23.jul.2018.

Com o avanço da corrupção nos últimos anos em proporções nunca conhecidas e o aumento da crise econômica que assolou o país, principalmente após o ano de 2014, o Estado Brasileiro vem modificando e endurecendo a legislação penal e processual penal ensejando a prática de uma espécie de sistema penal de exceção, por questões políticas e razões de Estado em detrimento do Estado de direito sacrificando, assim, alguns direitos e garantias fundamentais.

Luigi Ferrajoli[10] ao falar do subsistema penal de exceção, no capítulo da Emergência penal, razão de Estado e Estado de direito ensina:

> Não compreenderemos, todavia, a natureza deste fenômeno se não identificarmos suas origens na legislação de exceção e na jurisdição não menos excepcional que nestes mesmos anos alteraram seja a fonte de legitimação política do direito penal seja os seus princípios inspiradores. A cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia. Desta regressão interessa agora verificar quais são os aspectos consolidados - além da sua professada natureza "especial" ou "excepcional" – em normas, praxes e culturas destinadas a fazer parte da administração ordinária da justiça e das mesmas estratégias legislativas voltadas nestes anos a promover a superação da emergência.
>
> A exceção, de outra parte, forma por si só a fonte mais ou menos latente de legitimação externa de toda a prática judiciária conscientemente disforme às regras ordinárias. As práticas, de fato, todas as vezes obstaculizadas por impasses legais e garantistas, são sempre vistas com sentimento de exceção, isto é, com a ideia de que, no caso concreto, tanto mais se política ou socialmente grave e alarmante, é "excepcional" em relação à regra "In atrocimis leviora indicia suficiunt et iudex potest iura transgredi", foi a máxima de Claro que ainda hoje pode servir de epígrafe a toda e qualquer doutrina penal de emergência. "Direito penal de exceção", de fato, designa simultaneamente duas coisas: a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada.
>
> As duas coisas são obviamente conexas, assinalando, em níveis diversos, uma mesmíssima crise de legalidade do direito penal, resultado da crescente divergência entre o seu dever ser normativo e o seu ser efetivo. Mas uma não justifica a outra, ainda que seguramente tenha contribuído para alimentá-la. Certamente as leis de emergência alargaram de maneira enorme o poder jurisdicional de disposição, legitimando arbítrios e abusos.

[10] Op.cit., p.746 – 747.

Percebe-se que, as transformações no Direito Penal tal como ocorreu na Itália, durante a luta contra a corrupção e o crime organizado (máfias), vem sendo adotado e incorporado, mesmo que aos poucos, no Direito Penal Brasileiro ensejando a involução no ordenamento punitivo, ou seja, um retrocesso do garantismo.

Vale ressaltar, a similaridade entre os gigantismos processuais o que Ferrajoli[11] classificou como um O segundo elemento estrutural do direito penal de exceção é aquele que denominei de "gigantismo processual", que se desenvolve, por sua vez, em três dimensões: horizontalmente, com abertura de megainvestigações contra centenas de imputados, mediante prisões baseadas em frágeis indícios como primeiros e prejudiciais atos de instrução; verticalmente, com a multiplicação sobre a responsabilidade de cada imputado dos delitos adjudicados, circularmente deduzidos uns dos outros - os delitos associativos dos delitos específicos e vice-versa - ou bem induzidos a título de concurso moral dos adstritos aos coimputados; temporalmente, com a prolongação desmesurada dos processos que se arrastam frequentemente sem razão, às vezes com intervalos de anos entre a conclusão da instrução e a abertura do juízo, de modo que se cumpra o máximo da prisão preventiva. Para não falar das duplicações ou multiplicações dos processos pelas mesmas causas.

Dentro deste contexto, está a questão da perpetuação das prisões cautelares decorrente do prolongamento das investigações sem uma justificativa plausível ou, até mesmo, com a falsas justificativas da necessidade da coleta de provas na linha do tempo com a expedição de novos mandados de busca e apreensão de documentos. Tudo isto, visando forçar uma confissão ou uma colaboração premiada.

Outra situação que tem sido comum e muitas vezes banalizada nas Operações Policiais pós-Lava Jato é a busca e apreensão visando a coleta de provas em escritórios de advocacia sob justificativas genéricas, muitas vezes, absurdas. Em alguns casos ocorreram porque o advogado recebeu honorários dos seus clientes cujos os recursos supostamente tenham sido originados dos crimes objetos de investigação.

O Estado brasileiro visando combater os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro editou a Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998. Entretanto, em nome de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro alterou vários dispositivos da legislação já existente, por meio da Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, para atribuir responsabilidades a terceiros para informar às

[11] Op.cit., p.760 – 761.

autoridades da notícia dos delitos previsto nesta lei como se fossem uma longa manus dos órgãos policiais do Estado sob pena de equipará-lo aos autores das infrações.

Esses tipos penais, são inseridos no ordenamento jurídico dos países decorrentes de tratados ou convenções internacionais, onde os países signatários assinam um pacto e procuram se proteger em um sistema de mútua cooperação.

Alguns autores fazem um paralelo entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Autor devido às semelhanças na relevância para sua caracterização por não ser o delito cometido, e sim a "perversão", "inclinação ou tendência ao delito", ou "periculosidade criminal" que pudesse ter o autor.

Percebe-se que, uma vez contestada a existência de alguns preceitos existentes na legislação penal positiva, resta verificar até que ponto são legítimos, ou seja, se estão ou não em consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito e respeitem os direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente. Este é o problema principal, e precisamente por isso, surgem continuamente questões de inconstitucionalidade que dão lugar a numerosos recursos, quando se aplicam em algum caso concreto nos processos penais que diariamente os tribunais de países democráticos têm que se pronunciar, uma vez que tais princípios se encontram acolhidos nos textos constitucionais e são vinculantes para tais tribunais.

A Constituição[12] de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil é um Estado democrático de direito, pois, em sua assertiva, a nosso ver, existe uma ousada proposta de um Estado que irradie os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos, em especial, sobre a ordem jurídica. A Constituição dá ao Estado de direito democrático a possibilidade livre, justa e solidária, na qual o poder emana do povo e em nome deste deve ser exercido diretamente ou por representantes eleitos. Este estado deve ser uma comunidade participativa que envolva os cidadãos nos processos decisórios da comunidade. Os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos de poder.

Como dito, é preciso demonstrar dentro deste contexto reformista em que estamos vivendo, a área de atuação do legislador, onde estão os limites e se haverá retrocesso social. É como diz Norberto Bobbio. Lê-se:

> [...] Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a

[12] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

> democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo. (BOBBIO, 2004, p.1).

Professa Ingo Wolfgang Sarlet[13]:

> (...) verificamos que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático de autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do espaço de igualdade (perante a lei e de oportunidade), de um espaço de liberdade real, bem como por meio de outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade) na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício dos direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento constitucional da ordem democrática e, neste sentido parâmetro de sua legitimidade. (SARLET, 2003, p. 276).

Com o Estado brasileiro assinando tratados e convenções internacionais para eleger o "inimigo" e reformar o direito interno em nome de combater crimes com ramificações sofisticadas, muitas vezes, ensejando a restrição de direitos e garantias fundamentais irrenunciáveis, implicando no que a doutrina chama de antigarantismo. Urge, sem sombra de dúvidas, a necessidade de uma discussão mais ampla, devendo os políticos (legislador), incluir neste processo a participação popular.

CONCLUSÃO

A Modernidade e as implicações da sua força transformadora no direito dos Estados modernos têm impactado diretamente nos direitos e garantias fundamentais, quase sempre tendendo ao retrocesso. O Poder reformador do legislador constituinte derivado não é ilimitado, pois, encontra barreiras na própria constituição federal, ou seja, não se pode em nome da globalização, da ordem econômica, política e social, dos Tratados e Convenções internacionais reformar o direito interno para suprimir ou reduzir os direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo do processo histórico evolutivo da humanidade.

Sabe-se que o movimento desencadeado no Brasil, inflamado a partir da Operação Lava Jato, causa uma série de celeumas e indagações no universo jurídico, especialmente no que diz respeito às operações deflagradas pela Polícia Federal. As investigações, de proporções

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 12 ª edição, 2015, p. 276.

cinematográficas, resultam em ações que envolvem centenas de agentes, prisões e conduções coercitivas, muitas vezes, envolvendo pessoas que têm vínculos com os fatos.

Com efeito, toda a atuação na fase de inquérito policial tem por objetivo colher elementos suficientes de materialidade e autoria dos crimes investigados, ensejando o eventual oferecimento da Ação Penal por parte do Ministério Público Federal. Todo o procedimento é presidido por Delegado Federal designado ao caso, que dará publicidade à ação policial, para o avanço das investigações e a complementação do inquérito policial em andamento.

É nesse cenário que se discute os reflexos constitucionais das operações do órgão de Polícia Federal e do Ministério Público ponderando direitos e garantias igualmente consagrados. Sem embargo, em que pese a não existência de hierarquia entre os direitos fundamentais, do ponto de vista estritamente normativo, mas, sob o enfoque do choque entre o anseio popular e os direitos individuais tem-se apresentado de forma problemática.

Os defensores da moralidade e da ética no trato da coisa pública, justificam que a publicidade das operações dos Órgãos de investigação do Estado tem fundamento constitucional no acesso à informação pela população e, mesmo que seja um "mal necessário", traz à tona o verdadeiro cenário de fatos e circunstâncias desconhecidos até então.

A proteção à intimidade, à honra e à imagem pela constituição garante a todos que o processo seja conduzido dentro dos limites estabelecidos pelo Estado de Direito, observando-se o devido processo legal, contraditório e ampla defesa. A harmonização entre os valores constitucionais e a conciliação dos interesses em jogo, por vezes, resta impossível, dado que a proteção de determinado direito fundamental fatalmente acarreta na violação a outro bem jurídico igualmente protegido. Por tais motivos, o sopesamento e a ponderação dos valores colidentes resultará no descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional.

Portanto, a atuação dos órgãos públicos envolvidos no processo de investigação e apuração de crimes deve ser pautada pela discrição, cuidado e objetividade, delimitando-se efetivamente o objeto investigado, com divulgação e publicidade das informações, de interesse público e coletivo, sem qualquer tipo de juízo de valor ou falha de comunicação, sempre observando os direitos e garantias fundamentais do investigado.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos E Das Penas**. São Paulo: Editora Martins Claret, 2003, 128p.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro; RJ: Elsevier **Editora**, 2004, p. 3.

Código de Processo Penal - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23.jul.2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, 925p.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodinei Nascimento. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 540p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Juruá, 2012. 86p.

Prisões coercitivas Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Condu%C3%A7%C3%A3o_coercitiva>. Acesso em: 23.jul.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 12 ª edição, 2015, p. 403.

TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Tradução Elia Ferreira Edel. 7ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, 431p.