I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 - UNIVEM – 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-056-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

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

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No contexto dos desafios impostos pela necessidade de isolamento social em face da pandemia instaurada pela profusão do Covid 19, uma rica experiência foi proporcionada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito com a realização do Encontro Nacional em ambiente virtual. Foi nesse compasso que na tarde de sábado, 27 de junho de 2020, os estudiosos e pesquisadores do Direito Penal e do Processo penal, em abordagem integrada e transdisciplinar, reuniram-se para profícuo debate sobre as ciências penais no Brasil e no Mundo, representando as diversas instituições de ensino superior e os diversos programas de pós-graduação em Direito do país. Os temas, ecléticos que são e que o leitor perceberá ao longo da leitura, trazem à baila importantes reflexões sobre assuntos controvertidos e de grande envergadura e que doravante passam a ser apresentados.

O primeiro texto, de autoria de Mayra Lima Vieira, versa sobre "a coibição do crime de lavagem de capitais no Brasil: uma abordagem atual", investiga a atualidade do tema e as suas nefastas consequências, afinal, o delito de lavagem de capitais tornou-se um dos principais desafios a serem enfrentados pelas autoridades policiais e governos das maiores potências do mundo, principalmente pela quantidade de recursos financeiros movimentados por este crime, nada menos que 600 bilhões anualmente, valor equivalente a 5% do Produto Interno Bruto mundial. Essa vultosa quantia é utilizada por toda sorte de organizações criminosas com o objetivo de transformar recursos originalmente ilegais em ativos aparentemente lícitos, através de transações financeiras para eliminar ou dificultar o rastreamento da origem ilegal desses recursos, permitindo sua utilização sem expor os criminosos.

O segundo texto, intitulado " a falência do sistema penitenciário brasileiro: uma reflexão sobre a recuperação por intermédio da privatização", das autoras Marina Calanca Servo e Ana Cristina Lemos Roque, tem por objetivo uma reflexão a respeito da falência do sistema penitenciário brasileiro que além de não atingir as finalidades previstas ao efetivar a sentença condenatória através da pena privativa de liberdade, consiste atualmente em afronta gritante aos direitos e garantias fundamentais. Em que pese inúmeras críticas à privatização, a mesma consiste em possível solução segundo as autoras. A pesquisa foi desenvolvida através de análise bibliográfica e de dados colhidos e apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça; o método histórico-evolutivo foi utilizado em conjunto com o dialético mediante diálogo entre as transformações da pena e a realidade.

O terceiro texto, intitulado “a limitação do direito penal através da ultima ratio no estado constitucional: aspectos garantistas e limitadores da pena”, de Wesley Andrade Soares, aborda, com base no princípio da ultima ratio do direito penal, o controle na produção, aplicação e legitimação da pena nos Estados modernos sob a ótica da Constituição. Afinal, a Constituição tornou-se o núcleo normativo exercendo controle sobre os demais ramos do direito, com reflexos sobre os poderes legislativo e executivo. O estudo busca compreender o funcionamento da ultima ratio como limitador principiológico que atua em todo o direito penal, alcançando os seus aspectos de forma abrangente e generalizada. A pesquisa usou a técnica bibliográfica e valeu-se do método de abordagem qualitativo, analisando literatura e legislação pertinente.

O quarto texto versa sobre “a negociação estadudinense no processo penal: análise crítica e reflexão”, de autoria de Fabio Machado Da Silva, tem o objetivo de provocar a reflexão sobre a importância dos diálogos entre as múltiplas ordens jurídicas no processo de conhecimento da colaboração premiada. Para tanto, torna-se necessário compreender as discussões e normativas que podem fundamentar e inspirar o sistema brasileiro com diversos recortes metodológicos e perspectivas históricas, jurídicas e sociais. Com essa compreensão, reflete-se como o sistema brasileiro e as diversas legislações correlatas à colaboração premiada podem ter sido influenciadas nos diversos momentos sociais e jurídicos no pais.

O quinto texto, intitulado “a remição da pena em razão da superlotação carcerária: viabilidade ou impossibilidade? Uma análise do Recurso Extraordinário n. 580.252- Mato Grosso do Sul”, dos autores Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa o Recurso Extraordinário n. 580.252 do Mato Grosso do Sul, ocasião em que foi discutida a possibilidade de conceder a remição da pena no lugar da prestação pecuniária. A pesquisa buscou verificar a possibilidade de conceder remição aos sentenciados que cumprem penas submetidos às graves violações aos direitos fundamentais. Conclui-se que não é possível conceder remição aos apenados em razão da responsabilidade civil do Estado e às custas de graves violações à dignidade da pessoa humana. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O sexto texto, intitulado “a responsabilização jurídico penal pela não recuperação de áreas degradadas pela mineração”, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Romeu Thomé e Amanda Rodrigues Alves, propõe analisar o artigo 55, parágrafo único, da Lei 9.605/98 e, por conseguinte, a obrigatoriedade de se recuperar áreas degradadas pela mineração. Para tanto, fez-se um resgaste histórico dos diferentes sistemas de exploração mineral no Brasil,

até se chegar às previsões legais vigentes que obrigam a recuperação de áreas degradadas, para, após, analisar a responsabilidade penal do particular em casos de inércia e até mesmo descaso frente a tal obrigação imposta. O estudo foi desenvolvido utilizando-se de metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com análise doutrinária e jurisprudencial.

O sétimo texto, intitulado “a tutela cautelar no processo penal e o poder geral de cautela”, de autoria de Daniel Ferreira De Melo Belchior e Carlos Henrique Meneghel De Almeida, sustenta que, diante do contexto de combate à corrupção, a concepção das cautelares no âmbito do processo penal passou a assumir papel de destaque no cenário jurídico atual. Aliado a referido fator, a construção de novos precedentes com base no deferimento de cautelares atípicas em âmbito criminal e o advento do CPC 2015 como eixo do sistema processual pátrio reforçam a necessidade de reflexão casuística acerca de referidas medidas, bem como sobre os limites do poder geral de cautela do magistrado em contraponto aos direitos constitucionais dos investigados/acusados.

O oitavo texto versa sobre a “absolvição por juízo criminal incompetente e o princípio do ne bis in idem à luz da jurisprudência do STF e do STJ”, do autor André Luiz Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha. Referido trabalho apresenta uma análise da jurisprudência do STF e do STJ quanto aos efeitos da sentença criminal absolutória transitada em julgado proferida por juízo incompetente. Formando o decreto absolutório coisa soberanamente julgada, interessa verificar como as cortes superiores têm se comportado quando confrontadas com situações do tipo, especificamente qual o alcance por elas dado à garantia do ne bis in idem. Traz-se, assim, noções acerca do princípio do ne bis in idem, realizando-se, posteriormente, exame do instituto da coisa julgada no processo penal e, enfim, a investigação dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ a respeito da questão.

O nono texto versa sobre “ações neutras para o direito penal”, de autoria de Gustavo Henrique Rocha de Macedo. O texto faz breve apanhado das chamadas ações neutras para o Direito Penal. Após a exposição do conceito e apresentação de alguns exemplos, colocam-se noções essenciais do concurso de agentes, e apresenta-se relato sobre as teorias objetivas, subjetivas e mistas que buscam justificar o instituto, assim como as críticas à sua existência como categoria dogmática autônoma. Analisa-se, brevemente, a discussão acerca dos honorários advocatícios “maculados” e sua tipificação como crime de lavagem de dinheiro.

O décimo texto, intitulado “análise reflexiva das alternativas penais à prisão”, de Carolina Carraro Gouvea, informa que o sistema prisional brasileiro se destaca pela superpopulação e violação aos direitos fundamentais dos reclusos, existindo uma preocupação nacional em implementar alternativas à prisão para reduzir contingentes carcerários. Orientando-se por

meio de revisão bibliográfica e levantamento de dados estatísticos secundários, a pesquisa buscou responder a seguinte questão: o desenvolvimento normativo das alternativas penais, visando reduzir o encarceramento, está em consonância com o princípio constitucional da intervenção penal mínima? Verificou-se que no Brasil está ocorrendo uma inflação na aplicação de tais medidas que, isoladamente, não causam o efeito pretendido de obter a diminuição do número de pessoas presas.

O décimo primeiro texto, intitulado "as inovações da Lei n.13.718/18 e os crimes contra a dignidade sexual", do autor Thiago Gomes Viana, dispõe que a Lei nº 13.718/18 trouxe uma série de importantes modificações quanto aos crimes contra a dignidade sexual. Utilizando-se de base metodológica bibliográfica, o trabalho investiga, à luz da dogmática penal, tais inovações e sua repercussão penal e processual penal. Na primeira parte, são tecidas algumas considerações acerca dos crimes sexuais. Posteriormente, são analisadas as alterações da lei em comento. Por fim, explora-se se as alterações promovidas pela referida lei representam uma expansão criticável do Direito Penal simbólico, ou se contribuem para o aperfeiçoamento normativo da tutela penal de crimes de repercussão individual e coletiva.

O décimo segundo texto, intitulado os "aspectos controvertidos da redução da imputabilidade penal: uma reflexão à luz dos direitos humanos", dos autores Igor Alves Noberto Soares e Camila de Almeida Miranda, tem por objetivo publicizar investigação científica que questionou a possibilidade de alteração da idade constitucionalmente indicada para a imputabilidade penal. A partir da leitura do art. 228 da Constituição da República de 1988, tem-se que a imputabilidade penal, no Brasil, começa aos dezoito anos. Por meio de pesquisa exploratória, utilizando de ampla revisão bibliográfica, foram discutidos argumentos contrários e favoráveis à redução, e concluiu-se que a redução da imputabilidade penal é inconstitucional e não encontra guarida na efetividade dos Direitos Humanos.

O décimo terceiro texto, intitulado "capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público", de Jamir Calili Ribeiro e Jefferson Calili Ribeiro, tem por objetivo, como consignado no próprio título do artigo, discutir a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público. Uma vez que o Direito Brasileiro tem admitido a possibilidade de condenação criminal das pessoas jurídicas, seria possível estendê-la às pessoas jurídicas de direito público? Seria possível ao próprio Estado se punir? Quais são os fundamentos jurídicos e os obstáculos que se opõe a essa capacidade? O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diferentes setores da doutrina. Concluiu-se que, sendo possível reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado, é preciso estendê-la ao reconhecimento daquela de direito público.

O décimo quarto texto, intitulado “crimes cibernéticos: o art. 154-A, do Código Penal, à luz dos princípios limitadores do direito penal”, de Luma Vilela Ramos Fonseca e Isabella Thalita Andretto Oliveira, analisa o art. 154-A do Código Penal, através dos princípios limitadores do Direito Penal, buscando esclarecer o possível conflito existente entre a nova norma incriminadora e os princípios da adequação social, lesividade e intervenção mínima. Para tanto adotou-se o método qualitativo e descritivo, que se baseia em análise de documentos legais, assim como bibliografias a respeito do tema para verificar que o novo delito previsto no art. 154-A se faz necessário para a proteção do Direito à intimidade frente às inovações tecnológicas, afastando assim qualquer conflito entre a Lei 12.737/12 e os referidos princípios limitadores.

O décimo quinto texto, intitulado “da inadequação do inquérito policial em uma democracia constitucional: a necessidade de um modelo de investigação preliminar compatível com o Estado Democrático de Direito”, do autor Irineu José Coelho Filho, sugere uma releitura da investigação preliminar no Brasil, com foco na necessidade de seu aprimoramento, impondo a construção de uma mentalidade democrática e rompendo-se de vez com o viés inquisitório do Código de Processo Penal de 1941. Propõe-se uma mudança de paradigma, abandonando-se o velho ranço do ultrapassado inquérito policial e primando-se por uma investigação como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado. A metodologia utilizada foi a revisão teórico-bibliográfica, análise documental e método dedutivo, sendo o procedimento técnico constituído de análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica.

O próximo trabalho, o décimo sexto, intitulado “declaração incidental de inconstitucionalidade no HC 111840/ES a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da crítica dos princípios como álibi retórico da discricionariedade”, dos autores Rafael Alem Mello Ferreira e Leandra Chaves Tiago, analisa se a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum do § 1º do artigo 2º da Lei n° 8.072 /90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus n° 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o direito fundamental ao contraditório paritário, como também se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como álibi da discricionariedade judicial. Assim, o estudo fez inferência indutiva, descritiva e adotou a revisão bibliográfica e documental como método, por meio do exame crítico aos votos proferidos, objetivando reconstruí-los a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da busca de uma Teoria da Decisão.

O décimo sétimo texto, intitulado “denúncia apócrifa no meio ambiente de trabalho do policial brasileiro”, do autor Rodrigo dos Santos Andrade, tem o objetivo de analisar o instituto da denúncia apócrifa assim como o seu impacto no meio ambiente de trabalho do

policial brasileiro e na esfera judicial, pesquisando aspectos positivos e negativos, fatores sociais e a atual posição sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. Outro fator analisado foi o uso da denúncia apócrifa sendo, para tanto, realizada uma pesquisa de caráter descritivo a respeito do assunto. O método utilizado foi o indutivo, partindo de conceitos teóricos e análises práticas a fim de se extrair conclusões gerais sobre o tema.

O décimo oitavo artigo, intitulado "do inquisitório ao acusatório (?): a nova redação do artigo 28 do CPP, de autoria de Gamil Föppel El Hireche, analisa o artigo 28 do Código de Processo Penal, buscando responder em que medida a nova redação do dispositivo legal, dada pela lei 13.964/2019, insere um dado acusatório no processo penal brasileiro. Investiga-se, para tanto, os sistemas processuais penais, por meio de revisão bibliográfica, de maneira a concluir que a nova sistemática de arquivamento do inquérito representa, sim, em certa medida, o sistema acusatório, o qual ainda assim não resta definitivamente consagrado, haja vista que a leitmotiv do sistema inquisitorial (gestão da prova nas mãos do juiz) ainda é a uma realidade presente no processo penal brasileiro.

O décimo nono artigo, intitulado o "estudo hermenêutico da legítima defesa no estado democrático de direito: uma análise do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal brasileiro, dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rayssa Rodrigues Lopes e Mirela Guimarães Gonçalves Couto, trata do parágrafo único no artigo 25 do Código Penal, que permite a defesa contra uma agressão injusta atual ou iminente usando moderadamente dos meios necessários, o que provoca a discussão acerca do real sentido da norma, se haveria um reforço do previsto ao descrever o incontestável ou se o legislador pretendeu legalizar o abate de seres humanos. Conclui-se ser o dispositivo inserido redundante, caracterizando um esforço que já estava previsto no caput do artigo 25 ao se entender que as controvérsias decorrentes de normas supérfluas somente colocariam em risco a aplicação razoável da lei.

O vigésimo artigo, intitulado "evolução histórica da pena e a ressocialização", dos autores Francisco Clayton Brito Junior, Lia Mara Silva Alves e Lya Maria de Loiola Melo, tem como objeto de estudo o sistema penitenciário, como regra geral, um ambiente de privação de liberdade e que questiona se ressocializa o apenado. Analisa a evolução histórica da pena relacionando-a à importância da efetivação dos direitos constitucionais e legais no processo de ressocialização do apenado. Nesse contexto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e pura em razão de ampliar os conhecimentos, proporcionando uma nova posição acerca do assunto. A ressocialização, na acepção dos autores, é a função mais importante do sistema penitenciário, tornando-se fundamental sua efetivação; todavia, para que isso ocorra, o sistema penitenciário deve passar por mudanças.

O vigésimo primeiro artigo, que versa sobre “o juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal”, de Felipe Braga de Oliveira, estuda a constitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019, cognominada de “pacote anticrime”, que previu o juiz das garantias, figura judicial responsável pelo controle da legalidade dos atos de investigação criminal. Com o advento da lei, surgiram ações constitucionais buscando o reconhecimento da incompatibilidade do instituto com a ordem jurídica brasileira. O estudo, portanto, debruça-se sobre os argumentos autorizadores da constitucionalidade do juiz das garantias, em consonância com o pacto federativo e a garantia do juiz natural e imparcial.

O vigésimo segundo artigo, intitulado “o conceito de vulnerabilidade no direito penal: repercussões no Superior Tribunal de Justiça e nas práticas judiciárias”, de autoria de André Victor Pires Machado e Thiago Allisson Cardoso De Jesus, buscou demonstrar, por meio de análise doutrinária e de julgados, a tentativa do STJ de estabelecer um conceito objetivo para a vulnerabilidade e o descompasso judiciário protagonizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

O vigésimo terceiro artigo, intitulado “o controle da dosimetria da pena pela inteligência artificial’, de Matheus Felipe De Castro e Luciano Zambrota, objetiva verificar se é possível utilizar ferramentas de inteligência artificial para fins de controle da dosimetria da pena na sentença penal condenatória, com objetivo geral de estimular o desenvolvimento de soluções tecnológicas para auxiliar o magistrado nesta atividade. Para tanto, foi examinado o cenário vivenciado nos Estados Unidos da América, bem como estudos e iniciativas nacionais para informatização da dosimetria da pena e outros processos decisórios do Poder Judiciário. Ao final, concluiu-se ser possível a utilização da inteligência artificial para controle da dosimetria da pena, pois existe viabilidade técnica e seria relevante para garantir direitos fundamentais dos condenados.

O vigésimo quarto artigo, intitulado “perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’”, dos autores Inezita Silveira da Costa e Bruno Rotta Almeida, estuda, por meio de revisão bibliográfica e análise de dados, documentos e informações, a potencialidade da tutela penal com relação ao “stalking”. Indaga em que medida as propostas legislativas sobre a conduta de “stalking” contribuem para o combate à violência contra a mulher. O texto expõe, primeiramente, os aspectos sobre a violência contra a mulher no âmbito do cenário nacional. Após, exibe as ferramentas jurídico-penais existentes no ordenamento pátrio de tutela da violência psicológica contra a mulher. Por fim, analisa proposições legislativas a respeito da conduta de perseguição, ou ‘stalking’.

O vigésimo quinto trabalho, intitulado “responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais: uma análise a partir da denúncia no caso Brumadinho”, dos autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Tamara Brant Bambirra, tem por escopo a análise da adoção da responsabilização da pessoa jurídica na esfera penal, apresentando as correntes antagônicas, analisando os principais posicionamentos acerca do tema e o seu desenvolvimento e inserção no sistema brasileiro. O trabalho analisa a denúncia feita pelo Ministério Público de Minas Gerais no caso do rompimento da barragem em Brumadinho, ações e omissões, das empresas envolvidas, sem as quais o resultado não teria acontecido.

O vigésimo sexto trabalho, intitulado “sob custódia da morte: reflexão biopolítica da banalização estatal da morte no sistema penitenciário brasileiro”, dos autores Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Cleber Freitas do Prado, analisa a temática da banalização da morte no interior das prisões brasileiras, concebidas como verdadeiros campos, no âmbito dos quais a exceção se transforma em regra, viabilizando a produção de morte impune dos sujeitos encarcerados. Nesse sentido, as penitenciárias brasileiras acabam se transformando em locais nos quais os dispositivos de controle são levados até a última consequência. O estudo buscou responder ao seguinte problema: o Estado brasileiro se utiliza do campo biopolítico do sistema prisional para promover o exaurimento de vidas nuas (descartáveis)? O método empregado na investigação foi o qualitativo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Por fim, o texto “tráfico de crianças e adolescentes no Brasil: uma análise das ocorrências à luz da doutrina da proteção integral”, das autoras Yasmim Pamponet Sá e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, estuda o tráfico de crianças e adolescentes no Brasil considerando-se o Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas (2017). Analisa-se as possíveis finalidades das ocorrências no país em face da lacuna nos dados publicados. Realiza-se abordagem crítica do fenômeno considerando-se os postulados da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para demonstrar em que medida se concretiza a proteção integral de crianças vítimas de tráfico de pessoas no contexto da política brasileira e do III Plano Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental especializada.

Pontofinalizando, imperioso dizer que esta apresentação revela o quão rico e interessante está o livro, que proporcionará ao leitor navegar por diversos e atuais temas das denominadas ciências penais. Não restam dúvidas que fomos todos brindados com excelentes pesquisas e apresentações, produtos de uma articulação cuidadosa de marcos teóricos e metodológicos que reafirmam a função social da Universidade e da Ciência.

O texto acima é, portanto, um convite à leitura, a qual se espera seja proveitosa e instigante. Avante!

Brasil, inverno de 2020.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara/MG

Professor Doutor Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

UNIJUÍ e UNISINOS/ RS

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma/MA

Nota técnica: O artigo intitulado “Perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A LIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ATRAVÉS DA ULTIMA RATIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL: ASPECTOS GARANTISTAS E LIMITADORES DA PENA

THE LIMITATION OF CRIMINAL LAW THROUGH THE ULTIMA RATIO IN THE CONSTITUTIONAL STATE: GUARANTEE AND LIMITING ASPECTS OF THE PENALTY

Wesley Andrade Soares

Resumo

Tomando o princípio da ultima ratio do direito penal, observa-se o controle na produção, aplicação e legitimação da pena nos Estados modernos são modelados diretamente pela constituição, este movimento ganha mais força com o neoconstitucionalismo. A constituição tornou-se o núcleo normativo exercendo controle sobre os demais ramos do direito, com reflexos sobre os poderes legislativo e executivo. O estudo aqui busca compreender o funcionamento da ultima ratio como limitador principiológico que atua em todo o direito penal, alcançando os seus aspectos de forma abrangente e generalizada. A pesquisa será bibliográfica, com método de abordagem qualitativo, analisando literatura e legislação pertinente.

Palavras-chave: Constitucionalização, Direito penal, Ultima ratio, Pena. estados modernos, Punibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

Taking the principle of the ultima ratio from criminal law, it’s possible to analyse the control over the production, application, and legitimation of punishment in the modern States, and how it has become directly influenced by constitutions, this structure gains strength from neo-constitutionalism. The constitution is now the normative nucleus that exercises control over all fields of law, doing the same control above others State powers. This study researches how the ultima ratio works as a limiter based on constitutional principles, reaching all fields of criminal law. This research is bibliographic, with qualitative approach method, analysing relevant literature and legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalization, Criminal law, Ultima ratio, Punishment, Modern states, Punitive power

1 INTRODUÇÃO

O movimento de constitucionalização trouxe, através de um processo histórico, político e social, a alteração de posição institucional das constituições nos Estados modernos. Uma normatividade constitucional superior se formou sobre os demais ramos do direito, que desenvolveu e permanece desenvolvendo novos mecanismos de controle sobre o Estado, passando a irradiar sua influência principiológica aos demais ramos do direito, bem como, passou a delimitar de forma cada vez mais nítida a atuação dos poderes legislativo e executivo.

Diante dessa reformulação do Estado moderno o direito penal passou a sofrer influência direta do constitucionalismo, vincula-se os princípios advindos da constituição às práticas punitivas, com o alinhamento dos nortes definidos constitucionalmente desde a elaboração formal legislativa até à aplicação judicial.

O direito penal brasileiro é revestido de garantias constitucionais, as quais vedam a utilização da pena com fim único do processo penal, ampliando a segurança jurídica na aplicação desta *ultima ratio*, evitando, ou ao menos é o seu rol de intenções, que o cidadão seja vítima de um sistema penal seletivo e meramente punitivo. Porém, observa-se que este movimento é encarado, por parte dos estudos criminais, como meramente simbólico, inexistindo conexão entre esta intenção garantista e a prática punitivista.

O contexto atual em que a vigência política do neoconstitucionalismo trouxe a centralidade da norma constitucional perante todo e qualquer ato jurídico, acaba por envolver completamente, e talvez até com mais preciosidade, o direito penal. Haveria, então, um *ultima ratio* constitucional que acabou por absorver o *ultimo ratio* desenvolvido a partir da formação do direito penal moderno? É possível que haja incompatibilidades entre um princípio que foi criado e esculpido no pensamento moderno sobre o direito de punir e, de outro lado, um princípio que se põe politicamente acima do direito penal para representar o próprio direito penal?

Está exposta a problemática do presente estudo, a *ultima ratio*, sendo um princípio constitucional, é quem agora determina os parâmetros principiológicos da aplicação do direito penal?

Os temas centrais são a constitucionalização dos Estados modernos, o direito penal que se vê agora sob a égide constitucional e, por fim, o princípio da *ultima ratio* como referência ao resultado do atual cenário constitucional.

Portanto, tomando como hipótese que o constitucionalismo apresente novos contornos ao princípio do *ultima ratio*, submetendo o direito penal à limitadores constitucionais, relativizando as garantias do acusado quando expostas às interpretações constitucionais.

Como objetivo geral é tida a apresentação do constitucionalismo nos Estados modernos e como se deu a sua centralização, para que, em objetivos específicos possamos analisar a sua influência sobre os princípios dos demais ramos do direito, em particular o *ultima ratio* no direito penal.

Há então uma busca na compreensão em como o direito penal como parte do sistema normativo brasileiro que está diretamente influenciado pelo constitucionalismo que irradia os princípios constitucionais para todos os aspectos do Estado Democrático de Direito, tocando no âmago das sociedades modernas e, atraindo para os controles constitucionais a responsabilidade pela vigília e manutenção dos efeitos da constituição.

É através desse estudo que se almeja contribuir de forma positiva para a aplicação de um direito penal social, constitucional, humano e, visando o garantismo, reconhecendo a pena como atuação ultimada do Estado face os cidadãos, o que, do ponto de vista teórico, traz benefícios à toda sociedade, afastando qualquer resquício de revanchismo punitivsta.

Justifico o interesse no desenvolvimento do presente tema por atingir diretamente a política punitiva do Estado, contendo questões relacionadas ao controle social administrado através de um limitador constitucional, o ponto de partida e chegada de todas as interpretações e aplicações do poder punitivo estão sob um controle cada vez mais centralizado de uma interpretação constitucional, o resultado é uma afetação do direito penal com um todo.

A relevância do estudo se torna visível quando ao analisar o comportamento do Estado frente a este constitucionalismo, percebe-se um confronto de garantias por um direito supralegal, atuando acima do direito penal, que por muitas vezes se demonstrava ser uma forma abusiva, intolerante e totalmente incongruente de interpretação principiologia.

O estudo será conduzido pelo método de abordagem inicial o dedutivo, partindo da analise de uma generalidade para um pensamento unitário, o caso geral será analisado através do estudo bibliografia multidisciplinar, desaguando nos casos concretos e o comportamento de toda a sociedade diante desta perspectiva. Utilizando de métodos auxiliares como o método comparativo, situando o entendimento abordado perante as vertentes dadas pela estudos jurídicos.

A técnica utilizada para a pesquisa será a bibliográfica, com a análise de livros, artigos e legislação; e a técnica documental com comparação dentre as legislações vigentes o tema e, ainda terá o método de abordagem final qualitativo, em que os dados serão lidos, analisados, interpretados e descrito para uma final conclusão.

2 O DIREITO DE PUNIR E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO

2.1 Formação do pensamento de Estado moderno e o Surgimento do *Jus Puniendi*

A exclusividade do Estado na produção e execução das leis tem sua raiz na concepção contratualista, que surge durante o século XVII com Thomas Hobbes. Para o filósofo inglês a sociedade como concebemos somente foi possível a partir do momento em que os homens pactuaram um contrato para a constituição de uma autoridade superior e comum a todos eles, podendo comandar o ímpeto e excessos cometidos entre os homens, objetivando conter a desordem e hostilidade de todos contra todos, era o fim da opressão dos mais fortes aos mais fracos.

Para Hobbes antes do surgimento da sociedade havia o total estado de violência iminente, devendo cada um lutar para manter-se vivo e garantir os seus direitos. Os direitos naturais não eram de conhecimento comum, não haviam limites predefinidos e de consciência genérica que resguardasse direitos básicos de convivência. Diante do estado natural os seres mantinham-se acolhidos pela possível agressão alheia, o que poderia acontecer a qualquer momento em que dois ou mais seres objetivassem obter o mesmo direito, é que o filósofo inglês chama de *bellum omnia omnes* (a guerra de todos contra todos).

É então que surge a ideia de um contrato social, envolvendo todos os seres sociais, dando a possibilidade de convívio pacífico, sob a égide dos princípios jusnaturalistas traçadas de acordo com conceitos básicos à vida digna, como o direto a vida, a propriedade trabalhada, dentro outros.

Tatiana Bicudo (2010, p. 28), demonstra como se deu essa construção afirmando que Hobbes entendia a o homem em seu estado de natureza era bélico, desprovido de senso de justiça, impondo-se através da mera força física e, somente através do temor (*terrour*) e da autoridade (*power*) que se poderia preservar um estado de paz, surgindo o pacto (*commom power)*, o que não poderia ser desfeito por aqueles que então passassem a se submeterem.

> [...] A lei natural não tem outra função que a submissão às leis positivas, pois as leis naturais são as que buscam paz, e a paz não se atinge enquanto não houver a submissão às leis postas pela autoridade. Autoridade essa que não pode ser desconstituída pelos submissos a ela. (BICUDO, 2010, p. 28)

O pensamento hobbesiano definiu como ponto principal para a concepção do contrato social a necessidade de sobrevivência, tratando o pacto social como o único meio adequado para garantir a convivência pacífica, sem que, por qualquer motivo, houvesse derramamento de sangue. É através desse pensamento que o soberano ganha espaço, poder e autonomia para guiar os seus súditos, ou seja, gerir a sociedade que lhe cabe, tornando-se a concentração máxima dos poderes cedidos pelos pactuantes desse contrato.

É o modelo absolutista de Estado, onde o soberano está acima de tudo e de todos, retendo todos os poderes em suas mãos, é aquele que podemos resumir nas palavras de Luís XIV, rei da França, *L'État c'est moi*.

O momento histórico traduz a necessidade de concentração de poder na figura do soberano, a fragilidade e total anomia por qual passavam as nações durante o século XVII, com inúmeras guerras que resultaram na formação dos Estados e das nações com matrizes político positivadas, é a questão cerne para que o soberano seja fortalecido, garantido a hegemonia da nação e a sua paz como sociedade.

O soberano deter total poder de forma absoluta é a condição mais indicada por filósofos e pensadores da época como Thomas Hobbes, Jean Bodin, Nicolau Maquiavel e outros, não podendo soberano estar limitado a qualquer submissão, pois estaria a restringir a atuação daquele que era o único legitimado a prover e controlar seus súditos, mantendo a estruturar seu povo sob um único Estado. Nicolau Maquiavel traduz o momento histórico vivido na Itália através de sua obra O príncipe, podendo ser usada como referencial para descrever a situação geral na Europa do século XVI e XVII.

A soberania do Estado é formada pela junção dessas porções de liberdade que foram sacrificadas pelos pactuantes desse contrato visando a proteção da paz e segurança social, cirando a figura do soberano, o único capaz de administrar e proteger esses bens comuns. Cessare Beccaria toma como referência o pensamento o pensamento de Locke já refidado por Montesquieu, sintetizando a formação deste pacto social e legitimando ao soberano a concentração absoluta de poderes.

> As leis são condições soba as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa

> liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar do restante com segurança e tranqüilidade [sic]. A soma dessas porções de liberdade sacrificada ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. (BECCARIA, 2005, p. 41).

Para John Locke o ser humano, apresenta-se uma ideia diversa da formação do espírito da sociedade, que, em sua fase primitiva, os indivíduos detinham o conceito de direito natural dentro de si e, assim, conviviam de forma pacífica, diferente da ideia descrita por Hobbes, não havendo um estado de temor imediato, mas sim uma convivência coletiva assegurada nas garantias jusnaturalistas, de respeito a vida, a individualidade e a propriedade.

Os seres conviviam de forma livre, porém, a necessidade de regular e solver os conflitos que surgiram e não podia ser resolvidos através da simples aplicação do direito natural, resultou no conceito de mediação feita por um terceiro, com poderes amplos para impor regras, por fim, fazer cumprir as decisões tomadas.

A cessão de uma parcela mínima e necessária de direitos individuais para a construção desse terceiro mediador traria a pacificação dos conflitos, eis que surge o Estado pelo resultado da soma e união dessas parcelas mínimas de direitos ora cedidos por cada indivíduo, a fonte que sustenta e faz imperar sobre as vontades individuais a vontade do contrato, o bem comum.

John Locke transforma o conceito de cessão absoluta de todos os seus direitos individuais, em uma cessão necessária e mínima dessas parcelas, sem que seja total submissão do indivíduo ao Estado. A legitimidade do Estado para submeter todos os pactuantes ao contrato social advém da junção das parcelas mínimas de direitos individuais, sem que haja uma subtração dos valores individuais em favor do soberano.

Contudo, o segundo Locke, o contexto político influenciado pela ascensão da revolução comercial causa uma alteração estrutural nesta teoria, transformando o soberano em mais um dos pactuantes, devendo este também estar submetidos às leis que regem o Estado, surge a limitação ao poder tido como absoluto dos soberanos, resultando no reposicionamento em que a obediência aos mandamentos legais está acima de todos, súditos e soberanos. É o início da desestruturação do poder absolutista.

O controle social exercido pelo soberano deve, de forma bastante efusiva, delimitar e controlar os delitos ocorridos, dando proteção ao bem comum confiado à sua pessoa, agindo de forma garantidora da coesão social e, ao mesmo tempo, aplicar penas justas e eficazes àqueles que, de alguma forma, atentaram contra o pacto social.

O pensamento de Locke é posto de forma sucinta por Beccaria, demonstrando que a medida da cessão que cada indivíduo cedeu para a construção do pacto fora o mínimo suficiente para que houvesse a composição de uma proteção reciproca, um sendo defendido por todos e, todos sendo defendidos pelos diversos uns, com a soma destas porções surge direito de punir (BECCARIA, 2005, p. 43).

Havia, então, a cessão de uma parcela mínima e necessária de direitos individuais para a construção desse terceiro mediador traria a pacificação dos conflitos, eis como surge a concepção do Estado resultante da união dessas parcelas de direitos cedidas por cada um dos indivíduos, regendo as vontades daqueles que pactuaram o contrato e, assim, havendo uma infração por um dos indivíduos, o Estado estaria legitimado para defender estas porções de liberdade cedidas, aplicando a força que entende necessária para reforçar a certeza de seu poder perante os indivíduos, como também, através da aflição mínima ao corpo e máxima à alma, trazer temor à intenções de novas infrações.

A junção da função legislativa e executiva nas mãos do soberano desequilibrava a proteção do bem público, atribuindo ao soberano um poder manipulável, viciado por suas pretensões particulares, resultando no abandonando dos anseios pactuados no contrato social.

O período que se seguiu durante o final do século XVII e todo o século XVIII, as guerras entre as nações tornaram-se mais brandas, trazendo nítidas fronteiras entre as nações, o absolutismo como forma de governo garantidor da soberania tornou-se demasiadamente ofensivo aos novos conceitos de sociedade, restando desinteressante para a sociedade em geral, demonstrando ser um desacerto a concentração absoluta de todos os poderes na mão do soberano.

Em sua obra intitulada *L'Esprit des lois* (O espírito das leis) Montesquieu, influenciado pelas alterações trazidas por John Locke no conceito de contrato social, define o pensamento sobre a necessária separação dos três poderes, atualmente definidos como executivo, judiciário e legislativo, e a aplicação do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) como ferramenta essencial de controle entre os poderes.

A separação dos três poderes, e o controle exercido entre eles por meio da teoria dos freios e contrapesos, dá uma nova perspectiva ao contratualismo, retirando o soberano do seu absolutismo, não mais sendo ele o Estado em si, mas sim o representante dos interesses comuns. O Estado está a serviço do seu povo, e a busca pelo bem comum passa a ter uma condução mais fiel por aqueles que pactuaram com contrato social.

Beccaria, complementando suas ideias, justificativa que o Estado é legítimo para aplicar sua força punitiva àqueles que atentem contra a segurança e tranquilidade dos demais.

O crime é visto como uma afetação à ordem social, manchando com descredito o controle social, o que deverá ser confrontado pelo Estado, reafirmando os valores conferidos pelas cessões de liberdade individua que legitimam seu ímpeto punitivo:

> Toda pena que não derive da necessidade absoluta, diz o grande Montesquieu, é tirânica; proposição essa que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da necessidade absoluta é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justa são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos.
> [...]
> Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito. (BECCARIA, 2005, p. 42-43)

A extensão do poder concedido para a formação do Estado começa a sofrer limitações, seus aspectos de justiça e segurança sofrem uma modificação na aplicação indiscriminada, o soberano passa a seguir preceitos necessários para o eficaz cumprimento do seu dever instituído pelo pacto social.

O indivíduo que se opõe a contrato social é tratado como criminoso, um rebelde que abandona o seu compromisso com a organização social da qual pertence e, por isso, está posto em lado a margem, até mesmo fora das fronteiras delimitadas por esse contrato social.

> [...] é criminoso quem se coloca em posição contrária ao *Contrato Social*. Configura-se em traidor quem quebra o compromisso de organização, produto da liberdade originária ou natural, pois deixa de ser membro da organização e passa a ser tratado como rebelde.” (RAMÍREZ, 2015, p. 50)

Com o novo paradigma econômico pautado nos ideias liberais as sociedades passaram a buscar estruturas sociais mais voltadas à proteção do capital e de sua expansão, não mais persiste a estrutura de poder fundada entre Soberano e sua divindade, o Estado passa a ser a formado pela expressão do povo com aspectos liberais e mercantis, eis o Estado Burguês, o resultado do contrato social vigente que legitima o poder conferido ao Soberano para atuar na sua preservação social em busca do bem comum (BITENCOURT, 2011, p. 117-118).

Com o início da produção e consumo em massa, houve a alteração da lógica de mercado, por conseguinte, toda a estrutura social acabou imersa em novos objetivos, pautando o mercantilismo a frente.

> O surgimento de grandes e prósperos setores urbanos crio uma demanda crescente por certos bens de consumo. A estabilidade da demanda e o crescimento do sistema financeiro levaram a uma constante extensão dos mercados; a possiblidade de o empresário colocar seus produtos tornou-se quase desprezível. Mercadores de países que foram pouco afetados pelos novos tesouros em metais preciosos puderam vender em grande monta para aqueles que foram mais fortemente afetados. Países que estabeleceram relações de comércio com o Levante e a Ásia estavam aptos a exportar os metais em condições extraordinariamente vantajosas. A conquista de colônias não apenas levou a uma grande importação de metais precisos, com todas as suas conseqüências (sic) econômicas, mas também a uma extensão dos mercados no sentido do consumo em massa de mercadorias. (RUCH e KIRCHHEIMER, 2004, 43-44)

Este crescimento econômico e demográfico não foi acompanhado por um crescimento da mão de obra necessária para alimentar esta produção em crescimento contínuo, o mercado encontra-se sob uma grande escassez de mão de obra. A grande demanda por trabalhadores transforma a relação entre o Estado e indivíduos, há uma ampliação do espectro punitivo, institui-se o Direito Penal como norma de controle para reajustar a carência por que passava o mercantilismo, o mercado passa a ser considerado como parte estrutural da ordem social.

A pena passa a se apresentar como o novo núcleo do sistema punitivo, o ponto de partida e ponto de chegada de todas as buscas por soluções ao conflito de natureza penal, em que o Estado se põe como interventor, sendo a prisão a pena por excelência, advinda de uma construção cultural consolidada.

O crime é, então, uma formação axiológica resultante de escolhas sociais e, por assim ser, acaba por trazer em si uma carga genética muito forte da sua origem, fundadas em critérios de manutenção do poder e seletividade. A aplicação de um Direito Penal aflitivo sem qualquer resistência crítica mantém o fluxo estável de um punitivismo que não encontra em suas práticas qualquer resposta socialmente saudável.

> O Direito penal constitui um dos ‘meios de controle social’ existentes nas sociedades atuais. A família, a escola, a profissão, os grupos sociais são também meios de controle social, mas possuem um caráter informal que os distingue de um meio de controle ‘jurídico’ altamente formalizado como o Direito penal. Como todo meio de controle social, o Direito penal tende a evitar determinados comportamentos sociais considerados indesejáveis,

> recorrendo, para isso, à ameaça de imposição de distintas sanções, caso tais condutas sejam realizadas; mas o Direito penal caracteriza-se por prever as sanções, em princípio, mas graves – os 'delitos'. Trata-se, pois, de uma forma de controle social cuja a importância determinou, por um lado, sua monopolização pelo Estado e, por outro, que se constituísse em uma das parcelas fundamentais do poder estatal que desde a Revolução Francesa considera-se necessário delimitar com a máxima clareza possível como garantia do cidadão. (PUIG, 2007, p. 33)

Diante do momento histórico exposto teve início a composição atual do modelo de direito penal, referendado como as suas principais características: o *jus puniendi*, a exclusividade do Estado na aplicação da sanção penal; a separação dos três poderes atualmente disposta em executivo, legislativo, e judiciário; o sistema de freios e contrapesos que torna possível a interferência excepcional dos poderes entre si, de forma a impossibilitar a dominação de um poder sobre o outro, sendo o controle feito de forma moderada e somente para assegurar o funcionamento correto do Estado; e por fim os aspectos correspondentes a estrutura política do direito penal, como a laicização do Estado, retirando a influência da igreja nos julgamentos, com a modernização do processo penal.

Como bem definido por Claus Roxin (2008, p. 33) "a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica".

2.2 Marcos do Constitucionalismo

Tornou-se clássica a explanação Luís Roberto Barroso (2011, p.1) sobre os marcos histórico, filosóficos e teóricos do constitucionalismo, vide a sua plena objetividade, trazendo definições que passaram a ser verdadeiras bases para o estudo do tema, demonstrando a evolução das constituições nos Estados modernos.

O marco histórico é delimitado quando na Europa continental houve um reposicionamento da constituição, a qual passou a influenciar as instituições contemporâneas, com uma aproximação direta entre o constitucionalismo e a democracia, resultando em uma nova forma de organização política, o que se pode chamar de Estado democrático de direito, ou Estado constitucional de direito, ou Estado constitucional democrático (BARROSO, 2011, p. 1).

É após um momento histórico de grande rupturas e reformulações que a sociedade contemporânea reconheceu que a interpretação do direito sem o controle hermenêutico

pautado em garantias e direitos fundamentais incorreram em graves prejuízo à democracia, liberdade e, até mesmo, à vida.

A Segunda Guerra Mundial é o divisor de águas e, que, após ultrapassado esse momento de horror na história mundial, os Estados compreenderam as lições aprendidas diante do desrespeito aos valores democráticos e à vida. A necessidade renovar o direito em sua estrutura hermenêutica conduz a constituição a ocupar espaço de destaque fundamental nos Estados pós-guerra, como Itália e Alemanha.

Temos como principais fatos históricos do desenvolvimento do constituicionalismo a Lei Fundamental de Bonn de 1949, também conhecida como Constituição Alemã, que resultou na criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. Ao tempo, em 1947, a Constituição Italiana também surgira, e com a implantação da Corte Constituição em 1956. Estas duas inovações em termos de colegiados constitucionais trouxeram uma grande contribuição científica para o direito constitucional.

Posteriormente, Portugal em 1976 e a Espanha em 1978, também iniciaram seu percurso na constitucionalização de seus Estados, dando agregando ainda mais o movimento que passou a centralizar a constituição como fonte normativa superior.

O Brasil passa a fazer parte dos Estados que têm a constituição com centro normativo a partir de 1988, quando, após um grande lapso temporal de ditadura militar que mitigou os direitos sociais, coletivos, individuais, ultrajando os valores democráticos, houve o reposicionamento da constituição através de uma ampliação de seus espectro normativo, o que, de certo modo, a tornou demasiadamente extensa, mas cumpri seu papel de dar à norma constituição a força necessária para alterar toda a organização político-social do país.

Outro marco explorado por Barroso (2011, p. 2) é o filosófico, em que se põe como o pós-positivismo aquele referente ao novo constitucionalismo que superava o então antagonismo entre jusnaturalismo e positivismo, que herdaram o espaço para as reflexões sobre a função social e interpretação do direito, passando a ampliar sua compreensão além da legalidade estrita, e uma leitura moral do direito, com inspiração numa teoria de justiça.

Neste ponto Barroso (2011, p. 2) traz quatro características que passaram a aproximar o direito da filosofia, onde há uma “atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.”

Por fim, temos o marco teórico, repartido em três importantes transformações: o reconhecimento da força normativa à constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2011, p. 2).

A constituição se reveste de imperatividade, tendo, agora, força vinculativa e obrigatória, deixando de ser um documento político dependente de vontade do legislador ou do administrador para poder ganhar sua própria concretização (SOUZA, 2012, p. 172).

A supremacia da constituição lhe confere a sua devida expansão jurisdicional, fazendo-se impor seus princípios e se revestindo de norma superior, dando vazão aos direitos fundamentais e sociais que lhe são tão precisos e norteadores.

Diante nesta nova posição hierárquica que as constituições passaram a ocupara, fora reconhecido o caráter normativo jurídico da norma constitucional, o que pode neste momento ser algo extremamente redundante vista a conjuntura atualmente consolidada por este reconhecimento. A norma constitucional o qual se impõe indubitavelmente não só hierarquicamente superior, mas como a fonte de meios de interpretação de todo o direito, irradiando sua influência principiológica por todo o sistema legal vigente.

Esta influência é posta sobre o direito penal ao observar que o art. 5º, da Constituição Federal, traz uma carga normativa expressa, explícita, implícita e formadora de diversos princípios muito valiosos ao Estado Democrático de Direito, vinculando-se diretamente a uma restrição do direito penal, seja desde todo o percurso de produção legislativa, passando pela condução limitadora do poder de polícia estatal e, chegando nas práticas judiciais, até mesmo na execução da pena.

É a presença destes princípios que, segundo Varjão (2013, p. 23), se identifica a resposta ao período em que prisões arbitrárias colocavam o direito individual em risco, o que tem como solução a criação de uma regra geral de limitação do poder de punir estatal. Então, o direito penal acaba atraindo para si a exigência de vincular-se a interpretação das normas através dos princípios e regras constitucionais e, portanto, se compromete a acatar um controle de constitucionalidade sobre todo o direito penal (VARJÃO, 2013, p. 24).

Tais controles constitucionais ao direito penal deverão ser aplicados de forma preventiva, seja através da comissões de constituição de justiça, seja por meio do veto presidencial, visto que os valores constitucionais não deverão ser remetidos e vinculados exclusivamente ao controle judicial, o qual se vincula à hermenêutica, mas sim trazer este controle constitucional sobre todo o sistema de legitimação do direito penal (VARJÃO, 2013, p. 25).

3 AS LIMITAÇÕES DEMOCRÁTICAS E CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PENAL

3.1 O Direito Penal como *Ultima Ratio*

O controle social é dado de diversas formas, sempre visando o melhor convívio entre os todos que vivem sob a tutela daquela sociedade, requerendo uma divisão esquematizada por parte do legislador e aplicador do direito, atribuindo um ou mais ramos para regular situações particulares que surgem diariamente.

A área em que haverá a atuação do direito penal está dentro do controle social coercitivo, formando um ramo do direito com maior intervenção nos direitos individuais, sendo necessário definir nitidamente quais os direitos básicos de convivência através de regras de caráter preventivo e repressivo, definindo a proporção exata da resposta dada pelo Estado às ofensas cometidas contra o pacto social.

É o que leciona Bitencourt, ao tomar projeções cumulativas, as infrações aos direitos dos indivíduos o direito penal surge para suprir os controles sociais já insuficientes e ineficazes, se pondo como um controle social formalizado.

> Quando as infrações aos direitos e interesses do individuo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com a sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens. (BITENCOURT, 2012, p. 36)

O principal foco do direito penal é a regência social, ou seja, a manutenção do equilíbrio social, fazendo com que direitos básicos, individuais ou coletivos, sejam respeitados, possibilitando a convivência pacífica entre os seres sociais.

Completa esse pensamento o Claus Roxin (2008, p. 32), delimitando a função do direito penal para a manutenção da convivência pacífica, livre, e igualitária entre todos, desde que tal medida seja utilizada somente quando esgotadas tantas outras possibilidades menos graves, ou seja, quando não restar nenhuma outra alternativa político-social possível na busca em garantir a segurança e paz.

A área de atuação do direito penal, ou área de interesse, é delimitada por todos os fatos sociais que não possam ser regulados por outros ramos, ou que a aplicação de outro ramo não surta o efeito desejado. O que por definição de inúmeros doutrinadores trata-se de um ramo subsidiário, somente sendo posto em prática após a constatação que outros ramos do direito não foram eficientes para a prevenção ou repressão do ato ilícito, sendo necessária a coação do Estado através da pena, trata-se do princípio da *ultima ratio*.

O doutrinador argentino Raul Eugenio Zaffaroni, em seu *Derecho Penal: Parte General*, traz o entendimento sobre a delimitação do direito penal de forma clara e orgânica, colocando o seu núcleo diferenciador do direito penal dos outros ramos, a pena, como destaque, sendo crucial para a elaboração da ciência criminal.

Para Zaffaroni (2002, p. 45), a pena é peculiar ao direito penal, não se confundindo com tantas outras formas de sanções diversas dos demais ramos do direito, uma vez que o poder punitivo é exclusivo do Estado, como forma de coação estatal.

Depreende-se que para ser considerado como parte do direito penal, devera haver previsão de pena, ou, qualquer que seja a denominação analógica dada *mens legis*, findando na restrição ou retirada de direitos daquele que desobedeceu à norma penal previamente concebida e publicada pelo Estado.

O princípio constitucional da anterioridade tem como necessário a delimitação prévia de todos os atos que atentem contra a ordem social e esteja protegido pelo direito penal. Porém, também haverá a aplicação de todos os conceitos de direito penal nos ramos que lhe fizer às vezes em casos excessos, como do direito de trânsito no tocante às penas por acidentes, ou mesmo no direito eleitorais ao impor sanções aos candidatos que incorram em ilícito penal eleitoral.

Para Bitencourt (2012, p. 40) o direito penal tem como uma de suas divisões o corte entre direito penal objetivo e direito penal subjetivo, sendo o primeiro referente ao direito material, ou seja, as leis e normas que regulem a aplicação do direito penal. Já o direito penal subjetivo é traduzido no *ius puniendi*, ou seja, na possibilidade do Estado auferir uma pena àquele que agiu violando a proteção dada ao bem jurídico por ele tutelado, essa coerção é exclusiva do Estado, garantindo a sua soberania "como manifestação do seu poder de império" .

Como bem definido pelo jurista alemão Claus Roxin (2008, p. 32) "a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica" .

Diante desta exclusividade, o Estado encontra-se obrigado a garantir a aplicação deste poder respeitando a *ultima ratio*, contudo em sua prática o direito penal se demonstra conter traços inexoráveis de barbárie, sem que a sociedade veja nisso algo que impeça a revalidação do instinto de revanche.

Salo de Carvalho (2008, p. 1), em sua obra "Antimanual de criminologia", demonstra como estes aspectos estão patenteado em nossa sociedade, denominando o direito penal como uma "intervenção mais radical", com poder de afetar as garantias individuais e, portanto, não poderá se permitir o uso do direito penal além dos casos limites, onde as demais intervenções estatais se demonstram insuficientes, vista que a prática punitiva é por si só extremada, e tendente a ser excessiva, desde sua elaboração, passando pela aplicação e chegando na execução.

> A criação desta série de filtros condicionantes da atuação das agências penais decorre da violência inerente às práticas punitivas. Em razão de o poder penal tender sempre ao excesso – seja no plano da elaboração (legislativo), da aplicação (judiciário) ou da execução (executivo) das leis –, sua utilização deveria ocorrer apenas em última instância (*ultima ratio*), nas situações de maior gravidade aos princpais interesses sociais. (CARVALHO, 2008, p. 1)

Concluindo que este poder de punir deverá ser utilizado em *ultima ratio* em decorrência da natureza punitiva do próprio direito penal que tende ao excesso, bem como deverá respeitar todos as garantias do acusado.

Propõe-se que o crime seja tratado dentro de um ecossistema social, refutando a ideia de que o delito circunda apenas a vítima e o agente ativo, retirando de pauta os reflexos psicológicos, sociais, antropológicos e políticos que compõem os fatos sociais.

4 CONCLUSÃO

Um processo pautado nas garantias constitucionais não deverá competir com a legislação penal vigente, visando disputar qual resultado traz maior "segurança" à sociedade, com uma conclusão falaciosa de que a pena sempre se remete ao cárcere, negligenciando o seu caráter de prevenção e/ou ressocialização.

Débora Pastana alerta sobre esta perda de controle nos os verdadeiros fins do sistema penal, alegando que há uma crescente atuação simbólica do direito penal que acaba por se afastar totalmente de suas fontes principiológicas.

> "cria-se um círculo vicioso que produz um aumento exponencial da insegurança da população frente à violência e que legitima o aumento da repressão [...] Isso significa dizer que o sistema penal brasileiro caminha atualmente, menos para a consolidação democrática, e muito mais para a atuação simbólica, traduzida em aumento desproporcional de penas, maior encarceramento, supressão de direitos e garantias processuais, endurecimento da execução penal [...]. (PASTANA, 2009, p. 124)

Portanto, há uma divergência estrutural entre a garantia do devido processo legal que busca a reestruturação da sociedade e a mera vingança social instrumentalizada pelo Estado.

O direito penal brasileiro é revisto de garantias constitucionais, as quais vedam a utilização da pena com único fim do direito penal, ampliando a segurança jurídica na aplicação desta *ultima ratio*, evitando que o cidadão seja vítima de um sistema penal seletivo e meramente punitivo, sem conteúdo social.

Delimita-se o objetivo de forma geral nos reflexos negativos produzidos pelo afastamento do direito penal de suas origens sociais, atendendo o clamor político e popular pela barbárie institucionalizada, utilizando o poder estatal para retaliar qualquer lástima íntima, transformando um sistema que deveria atender uma sociedade de maneira ampla em um sistema de força e repressão individual.

A política punitiva do Estado frente suas relações sociais, passaram a beneficiarem-se da evolução das ciências criminais, especificadamente, da criminologia social, em que os crimes passaram a ser entendidos como parte funcional de qualquer sociedade, tornando o estudo desse tema multidisciplinar, envolvendo questões de direito penal, processual penal, e constitucional, além de sociologia, antropologia e política.

Émile Durkheim, em "As regras do método sociológico", traz o fato social como o objeto de estudo da sociologia:

> Um fato social reconhece-se pelo poder de coerção externa que exerce ou o suscetível de exercer sobre os indivíduos; e a presença desse poder se reconhece, por sua vez, pela existência de uma sanção determinada ou pela resistência que o fato opõe a qualquer iniciativa individual que tende a violá-lo. No entanto, podemos defini-lo também pela difusão que tem no interior do grupo, desde que, de coas observações precedentes, se tenha o cuidado de acrescentar como segunda e essencial característica que ele existe independentemente das formas individuais que toma ao difundir-se. (DURKHEIM, 2005, p. 37-38)

Entende-se que o direito penal detém em si suas próprias raízes principiológicas, fontes de sua hermenêutica, contudo, ainda que a constitucionalização dos Estados modernos tenha centralizado a formação principiológica no bojo das constituições, é possível compreender que a absorção do *ultima ratio* pelo texto constitucional.

Esta incorporação se tornou até natural quando da constitucionalização, uma vez que a formação de uma norma supralegal de caráter hierárquico superior teve como exercício de composição a apuração dos princípios vigentes no direito penal, atribuindo ao *ultima ratio* um caráter político, influenciando a hermenêutica punitivista para ater-se restritamente às garantias e direitos fundamentais.

A formação do princípio do *ultima ratio* está vinculada à limitação do poder do Estado, um verdadeiro freio limitador ao poder punitivo, uma demanda que adveio da formação dos Estados liberais e, portanto, quando frente a uma nova reforma política-normativa dos Estados contemporâneos, este princípio se revelou inteiramente compatível com o espírito das constituições.

O que se vê, quando tomado um panorama geral, é a absorção do princípio da *ultima ratio* pela constituição sem que houvesse uma mutação hermenêutica, ou seja, entende-se que este princípio fora elevado à categoria constitucional, seja por ser totalmente compatível com a necessidade de seguranças às garantias, quanto por se demonstrar basilar para os direitos fundamentais daqueles que se encontram sob a força do direito punitivo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar/maio, 2007. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43618/44695>. Acesso em: 15 de novembro 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; Revisão Roberto Leal Ferreira. 3 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005;

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** São Paulo: Editora Saraiva, 2010;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão***: causa e alternativa*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramlhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

PESTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil. **Revista de sociologia e política**, Curitiba, v. 17, n. 32, p. 121/138, fev. 2009.

ROXIN, Claus. **Estudo de direito penal**. Trad. Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

SOUZA, Déborah Barreto de. O movimento da constitucionalização do direito infraconstitucional na CF/88. In: COELHO NETO, Ubirajara (Organizador e Editor). **Temas de direito constitucional**: estudos em homenagem ao Prof.º Osório de Araújo Ramos Filho. Ubirajara Coelho Neto Editor, 2012.

VARJÃO, Alan Jefferson Santos. A proposta da constitucionalização do direito como via de legitimidade para o direito penal contemporâneo. In: COELHO NETO, Ubirajara (Organizador e Editor). **Temas de direito constitucional**: estudos em homenagem ao Prof.º Carlos Augusto Alcântara Machado. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2013.