

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

IARA MAGDALA LOPES FORMIGA

A TEORIA DO GARANTISMO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

SOUSA - PB
2017

IARA MAGDALA LOPES FORMIGA

A TEORIA DO GARANTISMO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG no Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, como requisito parcial para à obtenção do título de bacharel em Ciências Sociais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira.

SOUSA - PB

2017

IARA MAGDALA LOPES FORMIGA

A TEORIA DO GARANTISMO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

APROVADA EM:

BANCA EXAMINADORA

Dr^a. MARIA DO CARMO ÉLIDA DANTAS PEREIRA

Orientadora - Unidade Acadêmica de Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Universidade Federal de Campina Grande

Membro - Unidade Acadêmica de Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Universidade Federal de Campina Grande

Membro - Unidade Acadêmica de Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Universidade Federal de Campina Grande

Ao meu pai Sebastião, pelo apoio incondicional na minha vida, estudos, e formação profissional. A toda minha família, pela força, amor e confiança.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter me dado saúde, força e inteligência para enfrentar várias missões a mim confiadas, e superar as dificuldades para alcançar mais essa vitória.

Ao meu pai, em especial, um homem probo, minha maior inspiração e orgulho de vida, por sempre me apoiar incondicionalmente, por me instruir tão bem na vida, como também pelas explicações e ajudas constantes perante esse trabalho, fazendo com a dedicação que só ele tem.

Ao meu esposo que tanto admiro, meu melhor amigo, exemplo de pai para nossa filha, um grande companheiro de todas as horas e também colega de sala, por sempre estar ao meu lado buscando o melhor, a minha felicidade e de nossa família. A minha filha, minha razão de vida, que me mostrou o sentimento mais belo, e o real sentido da vida, me motivou a ser sempre uma pessoa melhor e aumentar minha dedicação nos estudos.

A toda minha família, por sempre acreditarem que sou capaz.

Aos meus avós paternos (*in memoria*) e minha tia Mazé, pela minha criação e por todo amor, carinho e agrado que depositaram a mim.

A minha mãe por todo amor, apoio e cuidado de sempre.

A Cândida, minha sogra; a Steniel meu cunhado, e a tia Mazé por cuidarem tão bem de minha filha enquanto eu lutava para alcançar meus objetivos. Ficando com Cecília todas as noites enquanto eu ia para universidade. Sem eles não teria conseguido.

Aos meus irmãos, Lígia, Lucas, Diego (*in memoria*) e Hállamo (*in memoria*), que sempre estiveram ao meu lado e torceram por mim, e que com eles carrego a certeza que nunca estarei só.

A todos os colegas amigos do meu estágio no TJ que contribuíram comigo com tamanho aprendizado e indescritível experiência e conhecimentos. Em muito somou à convivência diária para minha formação.

A todos os colegas e amigos da universidade, que com certeza futuros excelentes profissionais, que nos momentos serenos e ou apreensivos me apoiaram de alguma forma.

A galera do fundão do ônibus no qual me desloquei por mais de cinco anos, que mesmo diante de todos os obstáculos e dificuldades no percurso para Sousa, sempre arrancávamos boas risadas.

A todos os meus amigos que direta e indiretamente contribuíram para concretização desse sonho.

A minha orientadora Prof^a. Dr.^a Maria do Carmo que com paciência e pouco fôlego, conseguiu corrigir o meu trabalho. Uma doutora extremamente capacitada.

Agradeço aos professores que desempenharam com dedicação as aulas ministradas. Em especial ao professor Admilson, um mestre, exemplo de compromisso com os alunos, grata também pelas inúmeras caronas a mim ofertadas.

A todos o meu muito obrigada!

“O fim da lei não é abolir ou restringir,
Mas conservar e ampliar a liberdade...
Onde não há lei, não há liberdade”.

(John Locke)

RESUMO

O Garantismo Penal vem sendo estudado por filósofos, juristas e intelectuais da área do Direito Penal, com a intenção de analisar e contribuir com ideias para garantir o direito democrático dos indivíduos à justiça e a civilidade humana. O objetivo desse trabalho é analisar o poder punitivo estatal e a liberdade do cidadão dentro dos fundamentos democráticos, a partir da teoria do Jusfilósofo Luigi Ferrajoli no seu livro “Direito e Razão”. Uma forma de limitar o poder punitivo estatal, reduzindo-o ao mínimo necessário. A fim, de proteger a liberdade do cidadão, fundada no pensamento iluminista. O Direito no sistema normativo, é corporificado, por isso o legislador e os operadores do direito devem-se utilizar os princípios como regras, sobrepondo a lei. Surge, então, o dilema entre sistema acusatório e inquisitório, e a baixa constitucionalidade entendida como a ausência de cultura democrática do Direito. Utilizou o método dedutivo, dos procedimentos descritivos crítico, e da técnica da documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, para contribuir com a ciência, e resguardar os direitos dos cidadãos. O tema demonstrou ser relevante, por ampliar o conhecimento das circunstâncias que envolvem o poder punitivo estatal e a liberdade do indivíduo. Por fim, possibilitou, uma reflexão sobre a eficácia/ineficácia das garantias do indivíduo no Direito Penal.

Palavras-chave: Direito Penal, Poder Estatal, Garantias.

ABSTRACT

The Criminal Garantismo has been studied by philosophers, jurists and intellectuals in the area of Criminal Law, with the intention of analyzing and contributing ideas to guarantee the democratic right of individuals to justice and human civility. The objective of this work is to analyze the state punitive power and the freedom of the citizen within the democratic foundations, starting from the theory of the Jusphilosopher Luigi Ferrajoli in his book "Law and Reason". A way to limit state punitive power by reducing it to the minimum necessary. In order to protect the freedom of the citizen, founded on Enlightenment thinking. The law in the normative system is embodied, so the legislator and the operators of law should use the principles as rules, overlapping the law. The dilemma between an accusatory and inquisitorial system arises, and the low constitutionality understood as the absence of a democratic culture of law. He used the deductive method, the critical descriptive procedures, and the indirect documentation technique, through bibliographic research, to contribute to science, and to safeguard the rights of citizens. The theme has proved to be relevant, because it broadens the knowledge of the circumstances that involve the punitive power of the state and the freedom of the individual. Finally, it made possible a reflection on the effectiveness / inefficacy of the guarantees of the individual in Criminal Law.

Key words: Criminal Law, State Power, Guarantees.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A HISTÓRIA DA PENA DE PRISÃO	12
2.1 NO MUNDO	13
2.1.1 Quando a pena era imposta como vingança privada	13
2.1.2 A punição como vingança divina	14
2.1.3 As penas adotadas no Antigo Egito, Antiga Grécia, em Roma e na Idade Média	17
2.2 NA MODERNIDADE	20
2.3 NO BRASIL COLONIAL, IMPERIAL E REPUBLICANO	22
3 A EVOLUÇÃO DO GARANTISMO PENAL	26
3.1 DAS TEORIAS	26
3.2 CONCEITOS	28
3.2.1 Os axiomas da Teoria Garantista	32
3.3 PRINCÍPIOS	34
3.3.1 Princípios da retributividade, da legalidade e da necessidade	36
3.3.2 Princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade	39
3.3.3 Os princípios da jurisdicionariedade, do acusatório, do ônus da prova e do contraditório	41
4 APLICABILIDADE DO GARANTISMO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	46
4.1 AS GARANTIAS JURÍDICAS E O CONSTITUCIONALISMO	46
4.2 O GARANTISMO NA DEMOCRACIA	52
4.3 O EMPREGO DA PENA	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da democratização no Brasil e em alguns países da América Latina como Chile e Argentina, a partir da metade da década de 1980, passou-se a adotar outras atitudes nos meios jurídicos, políticos e sociais. Diferentes, dos períodos notadamente autoritários. Com a redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiram novas manifestações doutrinárias que permitiram garantias individuais e nos campos sociais.

Como exemplo democrático no ordenamento jurídico surgiu a Teoria do Garantismo Penal, que veio, não simplesmente como um legalismo, mas é baseada numa visão teórica do indivíduo, como sujeito de direitos, inserido numa sociedade plural e democrática. Essa teoria designa um modelo normativo de direito, que na ótica política revela-se como uma técnica de tutela capaz de amenizar a violência e proporcionar mais liberdade. No plano jurídico, discorda das punições exacerbadas do Estado, em favor do cidadão.

A Teoria do Garantismo Penal tem a sua base desenvolvida pelo Jus filósofo Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”. O mesmo mostra que o garantismo penal é um modelo de Direito em que a liberdade é regrada e afasta dos extremos. No caso, o antiliberalismo e o abolicionismo. Busca um acolhimento aos direitos humanos, no campo do controle social.

Baseando-se nessa teoria, se faz necessário algumas indagações que irão nortear a pesquisa. Como é vista a baixa constitucionalidade entendida como a ausência de cultura democrática no Direito? Como superar o dilema do sistema acusatório? Qual a semelhança entre o discurso da lei da ordem e a prevalência de teorias totalitárias? E assim, compreender o garantismo como uma ferramenta teórica e democrática em favor do cidadão.

O presente trabalho pretende traçar as linhas mestras do pensamento garantista e a observância que o Direito Penal não deve servir apenas a pessoa ofendida pela conduta delituosa, mas também, aquele que comete a infração. O sistema penal garantista serve para prevenir os injustos delitos, e os castigos injustos. O mesmo passa a moldar um modelo penal mínimo, limitando-se as situações de absoluta necessidade.

O tema é relevante, por possibilitar um estudo mais aprofundado da crise que assola os sistemas penais desde quando se cria a lei até o final do cumprimento da sanção penal. O garantismo apresenta importantes e inovadoras diretrizes para a legitimação do ordenamento jurídico como um todo. Permitindo, a instrumentalização do Direito e do Estado, no tocante aos bens fundamentais inerentes ao indivíduo.

A pesquisa terá como objetivo analisar o Poder Punitivo Estatal e a liberdade do cidadão dentro dos fundamentos democráticos. Para compreender a teoria garantista penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli no sistema normativo brasileiro, como segurança do cidadão no estado democrático de direito;

Será uma pesquisa qualitativa bibliográfica, e terá o intuito de analisar Propostas de autores comprometidos com a causa do ordenamento jurídico e a aplicabilidade da lei, normas e regras, e, o atendimento aos direitos humanos, como está descrito na Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

Através do método dedutivo será possível identificar as teorias voltadas para o reconhecimento do outro, pelas atitudes éticas, pelo diálogo e reflexão crítica, onde é repudiada a violação dos direitos humanos e eleva o cidadão para o conhecimento dos seus direitos dentro do processo histórico que está em curso, de modo geral, e assim poder aplicar em casos particulares.

Os procedimentos críticos contribuirão na avaliação da aplicabilidade da teoria do garantismo penal. Mediante a técnica da documentação indireta, a pesquisa bibliografia através das informações científicas contidas em livros, artigos, teses, dissertações, monografias e legislação para melhor compreender e emitir opiniões pertinentes ao Direito, no âmbito institucional, nas suas ações e na preocupação com as políticas públicas voltadas para o interesse do cidadão.

Inicialmente, será abordado o histórico da pena nos códigos, regras e normas jurídicas, mostrando os tipos de penas e castigos adotados em diferentes épocas. Partindo das primeiras civilizações da antiguidade, passando pela Idade Média, e no advento da Modernidade. Por último, será feita uma análise dos tipos de penas impostas no período colonial, imperial e republicano brasileiro.

Em seguida, quicá sobre o garantismo penal, suas raízes, teorias, princípios, desenvolvimento e aplicabilidade, para obter uma visão concreta de como é sua aplicação pelos meios institucionalizados do Brasil.

Por fim, demonstrará a aplicabilidade do garantismo penal no ordenamento jurídico brasileiro. Refletindo sobre as garantias jurídicas constitucionais, presentes em um Estado Democrático de Direito.

2 A HISTÓRIA DA PENA DE PRISÃO

No início da história do direito foram criadas regras de conduta e proibição de cunho religioso, social e político. Aplicavam-se punições conforme supostas atribuições de divindades.

Na antiga Mesopotâmia, cerca de 2.000 anos antes de Cristo, aplicava-se a pena de Talião, criada devido o sentimento de vingança, com sua máxima: “olho por olho, dente por dente”. O código de Hamurabi trouxe para o direito penal, contribuições que estão em vigor até os dias atuais.

Ainda, pode-se destacar a Lei das Doze Tábuas, que continha os principais tipos penais.

No contexto histórico, a tortura se fez presente pelos legisladores e governantes, desde antiguidade até os dias atuais. No século XVIII, as penas-suplício eram de grande monstruosidade, como afirma Foucault (1975):

Uma pena para ser um suplício deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar, a morte é um suplício da medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o tempo final de uma graduação calculada de sofrimento: desde a decapitação – que reduz todos os sofrimentos a um só instante: o grau zero do suplício – até o esquartejamento que os leva ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no suplício [...].

Na modernidade o sistema primitivo foi baseado nas ideias dos pensadores iluministas, que amenizaram a severidade das penas, numa época em que a tortura era a forma mais comum de obter confissões do réu e sua consequente punição. Buscaram defender os direitos fundamentais do acusado, com a ideia do princípio constitucional do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

No Brasil, atualmente existe três tipos de penas: a privativa de liberdade, a restritiva de direitos e a multa, esse sistema de ordenamento jurídico prega a igualdade entre todos. Criou-se uma imagem de Estado Democrático, que pune com a intenção de manter a ordem pública e ressocializar o infrator.

2.1 NO MUNDO

A partir do conhecimento quanto ao surgimento da pena de prisão no mundo, é possível compreender que a Teoria do Garantismo Penal, busca preservar o Estado Democrático de Direito. Ao passo que se posiciona contra o uso exagerado do direito de punir, e a favor do direito de liberdade do homem, sem, contudo, diminuir ou desmerecer o poder do Estado.

2.1.1 Quando a pena era imposta como vingança privada

A sociedade organizava em grupos, antecede a Constituição do Estado moderno, possuidor do poder de punir. Todavia, existiam famílias, clãs e tribos, com nível baixo de organização social. Os “clãs” ou “bandos”, como costumeiramente eram chamados de forma preconceituosa, tentando regular a conduta dos componentes do grupo, estabeleciam regras que visavam ao bem-estar comum Teles (2006, p. 20).

Essas regras eram determinadas para estabelecer a proteção própria ou de quem fazia parte do grupo, constituindo-se no princípio do parentesco Wolkmer (2010, p. 3), de modo que a pena era uma vingança individual, isto é, um mecanismo de defesa privado.

Dessa necessidade de direcionar regras de convivência surgiram as medidas repressivas como meio de manter a comunidade unida e protegida, sendo elas uma das primeiras demonstrações de uma estrutura normativa de conduta, como preleciona Caldeira (2009, p. 260):

O ser humano sempre viveu agrupado, em virtude de seu nítido impulso associativo e lastreou, no seu semelhante, suas necessidades, anseios, conquistas, enfim, sua satisfação. E desde os primórdios, o ser humano violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de um castigo (sanção). No início, a punição era uma reação coletiva contra as ações antissociais.

Nesse diapasão, aos que não respeitavam o interesse de seus membros punia-se com a perda da paz, que incidia na saída forçada do infrator da comunidade, que perdia a proteção do grupo, e ao estranho que violasse algum valor individual ou coletivo era aplicado à vingança de sangue.

Penas essas que atingia tanto o verdadeiramente culpado quanto as pessoas que possuísse algum vínculo com ele, isso mede a desproporcionalidade que essas penas eram executadas Teles (2006, p. 19).

Nas palavras de Chiaverini (2009, p. 02): “o homem primitivo não pergunta: como isso ocorreu? Pergunta apenas: quem fez?”. Na atualidade, ainda existem as execuções privadas levadas a termo por justiceiros.

Uma grande característica que se viabiliza a época em questão com a atualidade, reflete-se na reação da sociedade que retribuía o mal causado, sendo que a punição era utilizada a fim de vingar-se do malfeitor.

Observa-se as penalidades eram exercidas individualmente pelos que se sentiam lesados, por ocasião nessa fase da história o aprisionamento não era conhecido, Chiaverini (2009, p. 02).

Diante disso, compreende-se que a vingança privada foi marcada pela retribuição da vítima pelo mal causado. Não havia um detentor do poder de punir, os responsáveis para penalizar quem agisse em discordância com as regras eram o próprio ofendido, os seus consanguíneos e até mesmo o grupo social, uma vez que no contexto familiar da época eram considerados “parentes”, Wolkmer (2010, p. 3).

2.1.2 A punição como vingança divina

Na Idade Antiga, a influência da religião tomou forças, visto que a crença era de que a paz adivinha dos deuses, como ensina Caldeira (2009, p. 260):

[...] a pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, (b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais. Neste sentido, a pena já começa a ganhar os contornos de retribuição, uma vez que, após a expulsão do indivíduo do corpo social, ele perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por

qualquer pessoa. Aplicava-se a sanção como fruto da liberação do grupo social da ira dos deuses em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais – que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza – razão pela qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. Por outro lado, caso não houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria a todo o grupo.

Deste modo, nos primórdios a percepção da sanção não era racional. Para aplicação das penas, eram levados em consideração as emoções, sentimentos, e acontecimentos naturais. Os eventos que não podiam ser explicados, por falta de conhecimento científico, a exemplo, de trovões e raios, eram considerados sinais dos deuses, Caldeira (2009, p. 261).

De acordo com Freud (2013), a essas figuras sobrenaturais que, por hipótese, se incluíam com a comunidade e exerciam influência sobre seus membros na forma de acontecimentos naturais era dada a denominação de totens e tabus.

Totem era considerado um “objeto material ao qual o selvagem presta um respeito supersticioso, pois acredita que entre sua própria pessoa e cada objeto dessa categoria existe uma relação bem especial”, Freud (2013, p. 159-160). Com relação aos tabus, Freud (2013, p. 62-63), explica que eram restrições imaculadas às quais:

[...] esses povos primitivos se submetem; isto e aquilo são proibidos, eles não sabem por que e também não lhes ocorre a perguntar a respeito, mas se submetem a elas como se fossem algo natural e estão convencidos de que a transgressão será punida automaticamente da maneira mais dura.

Destarte, através da religião, a pena passou a ser vista como castigo e quem ousasse desobedecer às supostas ordens divinas sofria a condenação dos deuses.

Verifica-se que, o aspecto religioso e consuetudinário estava presente em todas as etapas na antiguidade, e, com base nesse temor sacro, tornou-se favorável o nascimento de um poder central. Dessa maneira, em quase todos os casos a interpretação da lei era exercida por sacerdotes ou suseranos, por serem considerados pessoas capacitadas e escolhidas pelos deuses para apostilar suas vontades, por isso eles eram os detentores do poder de punir Wolkmer (2010, p. 04).

Por conseguinte, o poder era dirigido para os que tinham uma maior posição social, que aplicavam desaprovações de acordo com a interpretação dos sinais com suposição revelados pelas divindades religiosas Coulagens; Maine *apud* Wolkmer (2010, p. 02).

Mais adiante, as leis começaram a ser escritas e aplicadas de forma homogênea e genérica. Isso porque, foi descoberto que a forma escrita era mais prática e eficiente para recordar e manter, em larga escala o poder do suserano. Com isso as leis escritas eram melhores depositários do direito e meios mais eficazes para sua conservação do que a memória de certo número de pessoas Coulagens; Maine *apud* Wolkmer (2010, p. 05).

Igualmente, com o avanço da vingança privada e divina chegou-se à Lei de Talião, que para época foi considerada uma verdadeira inovação, na medida em que trouxe a proporcionalidade no tocante à aplicação da pena, restringindo a vingança privada Teles (2006, p. 20). A Lei das XII Tábuas, o Código de Hamurabi, o Código de Manu e o Código de Sólon, apresentavam uma série de punições, e variadas formas de pena de morte e mutilação.

Assim, o Código de Hamurabi. Criado na Mesopotâmia, por volta do ano 1700 a.C., pelo rei Hamurabi, que ao publicar o seu código quis, supostamente, satisfazer o deus Samas, considerado o deus da justiça Pinto (2010, p. 29), prevendo penas que deveriam ser assustadoras para quem transgredisse alguma norma, conforme estabeleceu nos seguintes artigos:

2. Se alguém fizer uma acusação a outrem, e o acusado for ao rio e pular neste rio, se ele afundar, seu acusador deverá tomar posse da casa do culpado, e se ele escapar sem ferimentos, o acusado não será culpado, e então aquele que o fez a acusação deverá ser condenado á morte, enquanto que aquele que pulou no rio deve tomar posse da casa que pertencia a seu acusador.

[...]

22. Se estiver cometendo um roubo e for pego em flagrante, então ele deverá ser condenado à morte.

Outra importante característica do Código de Hamurabi era a diferenciação das penas de acordo com a classe social, Aymard; Auboyer *apud* Pinto (2010, p. 33):

[...] há um estrato de homens livres, uma camada de homens dotados de personalidade jurídica, mas com liberdade limitada (pode-se chamá-los “subalternos”) e uma parcela de escravos (equiparados

ao um bem móvel). Não é difícil concluir que o código dará um tratamento diferenciado a cada um desses segmentos: por exemplo, aquele que, espancando a filha de um homem livre, faz com que ela aborte pagará uma indenização de 10 ciclos de prata; se se tratar da filha de um subalterno, 5 ciclos; de um escravo apenas 2.

Vale-se frisar que nessa época não era difundida a prisão como pena-castigo, entretanto já era empregada em algumas situações como pena-custódia ou pena-processual, para assegurar a aplicação da penalidade e não como pena propriamente. A despeito as leis falarem pouco sobre as prisões, por meio da literatura é possível verificar que eram utilizadas nos casos de dívida, rapina, corrupção, rebelião de escravos e para estrangeiros cativos Morris; Rothman *apud* Chiaverini (2009, p. 03).

2.1.3 As penas adotadas no Antigo Egito, Antiga Grécia, em Roma e na Idade Média

Morris; Rothman *apud* Chiaverini, (2009, p. 04), explanam que o Egito a prisão era usada com o intuito de punir.

No Egito temos notícia da prisão não apenas como custódia, mas como pena. O governo do faraó era divino e evitava penas cruéis e arbitrarias. As prisões conhecidas também impunham aos encarcerados trabalhos forçados. As prisões são descritas como fortalezas contendo celas e masmorras ou como casas de trabalho. A fuga da prisão consistia em pena grave. Nesses locais os prisioneiros não eram classificados nem separados de acordo com sua situação. Conviviam presos aguardando julgamento e já condenados, condenados aguardando execução, condenados à pena de prisão perpétua ou indefinida, desertores do Estado ou oficiais que caíram em desgraça, suspeitos de espionagem; sendo que todos eram forçados a trabalhar.

Desse modo, a prisão não tinha em sua essência o caráter de sanção penal. A maioria das vezes, a privação da liberdade, não era tida como pena, detendo ao revés o intuito de conter os apenados para garantir a execução da verdadeira penalidade.

Na Antiga Grécia, nas Cidades-estados gregas pode-se constatar indícios de punições públicas, apesar de ainda se legitimar as ações por meio da religião.

Começaram as mudanças, dando-se ênfase a fase da vingança pública. Em que, o suserano simbolizava o poder e o interesse da comunidade em geral, como assevera Zafaroni (2003, p. 389), que “o modelo de solução de conflito pelas partes se sustentou enquanto não foi gerado um poder central, verticalmente, mas quando este apareceu e adquiriu força suficiente, confiscou a vítima mediante o modelo decisório e punitivo”.

Os indivíduos sofriam as mesmas arbitrariedades e crueldades de antes, ficava confinado aguardando sua condenação pelo suserano.

Segundo Platão, (1999, p. 430), “As Leis”, na Grécia Antiga havia três espécies de prisões, sendo a primeira para manter as pessoas presas, com o intuito de prevenir novos delitos, a segunda era destinada para os indivíduos que podiam se recuperar, de forma que não funcionava como punição, mas como correção, e a terceira era designada para a função punitiva, destinada aos “criminosos” que cometessem os delitos mais graves.

Deve-se ressaltar que essas penalidades funcionavam como custódia, existiam as penas mais severas, como o isolamento, a pena de morte, as multas, o exílio, a disputa nas arenas, assim, complementa Bitencourt (2001, p. 23):

A Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores, até que pagassem as suas dívidas. Ficava assim, o devedor a mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir o crédito. Essa prática inicialmente privada, foi posteriormente adotada como pública, mais ainda como medida coercitiva para forçar o devedor a pagar a dívida.

Na República Romana existia previsão de prisão para os devedores, com a finalidade de custódia, e prisões mantidas por chefes de família, como relata Bitencourt, (2011, p. 23): “Em Roma existia a chamada prisão por dívida, penalidade civil, que se fazia efetiva até que o devedor saldasse, por si, ou por outro a dívida. Existia também, a reclusão dos escravos, em um local destinado a esse fim na casa do dono”.

No Império Romano, o poder punitivo passou a ser exercido pelo suserano. O governo nesse período era ocupado pelo Rei, que assumia o cargo de magistrado, chefe político e religioso. Não houve muita inovação, com a prisão e a pena, a exemplo de outros povos, como observa Zaffaroni (2003, p. 387):

[...] Com o advento do Império, o procedimento penal *extra ordinem* passou a ser ordinário, afirmando-se o caráter público do poder punitivo, razão pela qual os *delicta* privada foram submetidos a penas públicas, inclusive os delitos mais livres, que durante a República, estavam sujeitos a negociação das partes.

Na Idade Média, com o sistema econômico feudal, baseado na servidão, e o proprietário autônomo, dava-se proteção aos camponeses em troca da sua produção. Naquela época havia uma fragmentação do poder e, as punições não era mais aplicada por um único suserano, cada feudo adotava suas próprias normas, como se vê no relato de Chaverini (2009, p. 19):

Com a descentralização do poder político o sistema de punição estatal se tornou impraticável, passando a existir a lei do feudo e a pena pecuniária. A ausência de um poder central forte permitia que qualquer conflito de interesse ameaçasse a paz social, a medida em que quaisquer parentes e súditos eram automaticamente envolvidos nesses conflitos.

Nesse período o Direito penal teve influência Germânica. Os presos eram submetidos a penas rígidas e postos em lugares insalubres como, calabouços, castelos em ruínas, torres etc. Como menciona Bitencourt (2001, p. 26):

Há, nesse período, um claro predomínio do Direito Germânico. A privação de liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável aqueles que “seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo e a morte em suas mais variadas formas. [...] referidas sansões poderiam ser substituídas por prestação em metal ou espécie, restando a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer a condenação a morte ou as penas de mutilação.

As penas de caráter privatista dos germânicos, aos poucos foram dando lugar as normas e doutrinas apregoadas pela Igreja Católica e o crescente cristianismo.

O Direito Canônico passou a dominar principalmente a partir do Édito de Milão em 313 d.C., proclamado pelo Imperador Constantino, conforme assegura Santos (2010, p. 241). Conforme o domínio da Igreja Católica aumentava, os litígios começaram a ser julgados de acordo com seus interesses, pois a justiça comum e a econômica se uniram para manter a ordem e a moralidade.

As decisões eram prolatadas pelos tribunais eclesiásticos, conforme os cânones. Esse direito, ainda influenciou na substituição da pena de morte, pela pena privativa de liberdade, como forma de humanização, principalmente, quando se tratava de religiosos.

Com a criação dos Tribunais do Santo Ofício, em 1215, pelo Papa Inocêncio IV, as penas passaram a ter uma severidade maior, incluindo-se a tortura, para conter as práticas das heresias. Chaverini (2011, p. 31), afirma que:

A Santa Inquisição foi criada na Idade Média, durante o século XIII, sob os ditames da Igreja Católica Romana. Ela era composta por tribunais que julgavam todos aqueles considerados uma ameaça ao Direito Canônico, aos dogmas e valores defendidos pela Igreja. Bastava mera denúncia anônima para que a pessoa se tornasse suspeita, fosse perseguida e condenada. As pessoas estavam sujeitas desde a prisão temporária ou perpétua até a pena de morte na fogueira, onde os condenados eram queimados vivos em plena praça pública.

Outra forma de castigo empregado pela Igreja Católica era a excomunhão, ao lado com os poderes penais dos reis, grêmios e da justiça militar.

Posto isto, averigua-se na antiguidade, que o condenado à pena de morte, suportava procedimentos de crueldade e sofrimentos adicionais, a exemplos do enforcamento, forca, crucificação, decapitação, suplício da roda, asfixia por imersão, morte na fogueira, enterrar vivo, entre outras.

Ainda utilizava-se das penas corporais como açoites ou a castração, e penas infamantes, tais como: o empalhamento ou marca de fogo.

À vista disso, tem-se que a evolução das sanções penais, consiste na progressiva substituição da penal capital pela pena privativa de liberdade, e na manutenção da pena de morte, somente para os casos extremos, desacompanhada de sofrimentos ou crueldades.

O período medieval marcou o trânsito do paganismo ao cristianismo e ao princípio da redenção, que de acordo a teoria da delegação divina, a pena é imposta como vingança da pública, e não mais uma vingança privada.

Deste modo, o cristianismo representa a evolução da sanção penal, onde a transgressão a lei, representa o pecado. A pena, é a dor que absolve e salva. Para a remissão dos pecados, Deus instituiu as penas putativas, purgação e correção.

2.2 NA MODERNIDADE

Com a ascensão da burguesia e o promissor modelo econômico capitalista as relações sociais e o Direito Penal se modificaram. Foi uma época de grandes transformações, houve uma evolução nas ciências. Uma mentalidade forjada no modelo antropocêntrico de pensamento, que aflorou o retorno das artes e da filosofia. Nesse contexto, surgiu uma nova ordem jurídica e penal.

Na Idade Moderna, sob domínio do poder político absolutista, as penas eram aplicadas com extrema crueldade, com o objetivo de fazer sofrer o condenado, com castigos físicos, suplícios e mutilações, como discorre Foucault (1987, p. 30):

A pena de morte natural compreende todos tipos de morte: uns podem ser condenados a forca, outros podem ter a língua ou a mão cortada e ser enforcado em seguida; outros por crimes mais graves, a ser arrebatados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebatados; outros a ser queimados vivos; outros puxados por quatro cavalos; outros a ter a cabeça cortada; admoestação; prisão temporária, confiscação e penas pecuniárias.

O Direito Penal exercido no sistema de governo absolutista era um instrumento de preservação e reprodução da ordem política e social, permitia a expansão da política mercantilista e dos privilégios dos nobres e do clero, em detrimento das massas desfavorecidas.

Com o desenvolvimento da industrialização e do capitalismo, os condenados eram obrigados a desempenhar jornadas de trabalho exaustivas. Em vários países da Europa foram fundadas casas de trabalho, onde os apenados eram obrigados a trabalhar para pagarem suas penas, como afirma Anitua (2008, p. 117):

O trabalho era tão duro que muitos condenados rompiam literalmente as costas – “se deslombavam” – ao efetuá-lo. O Êxito dessa iniciativa é claro, uma vez que praticamente todas as cidades do norte da Europa adotaram modelo semelhantes para os mendigos e delinquentes juvenis.

Essas penas desumanas foram posteriormente criticadas pelos filósofos Iluministas. As principais críticas estavam relacionadas ao poder de mando do clero e dos reis absolutistas, como assim, relata Bitencourt (2011, p. 40):

As correntes Iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau seriam fiéis representantes fazem severas críticas aos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias sociais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente.

Nesse aspecto, do abrandamento das penas, seguiu-se uma linha penal baseada no livro “dos delitos e das penas”, de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), contemporâneo dos Iluministas, que, no entendimento de Carvalho, (2010, p. 285), essa obra foi o ponto de partida do Direito Penal Moderno e da criminologia.

2.3 NO BRASIL COLONIAL, IMPERIAL E REPUBLICANO

No início do período colonial brasileiro, o colonizador desprezava a população indígena e afrodescendentes, que eram forçados a seguir uma implantação da cultura europeia. Quem desrespeita-se, eram submetidos às penas e castigos previstos na legislação portuguesa.

Com a criação das Capitanias Hereditárias, a figura do Donatário tinha o aval da Coroa, para ditar normas e regras oriundas do Direito Penal Português, conforme relato de Bitencourt (2000, p. 41):

[...] e como cada um tinha critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil-Colônia. Pode-se afirmar sem exagero que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuía um ilimitado poder de julgar e administrar seus interesses. De certa

forma, essa fase colonial reviveu os períodos mais obscuros violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes.

No sistema Penal do Brasil Colonial, as ordenações Filipinas foram as mais importantes e, perdurou por um longo tempo, nelas continham punições extremamente brutais como a pena de morte, com fuzilamento e esquartejamento. Havia também, desigualdade de tratamento penal, em que se levava em conta o sexo e a posição social. Teles (2006, p. 27), menciona sobre essas ordenações:

Punições severas e cruéis, inexistência do princípio de reserva legal e do direito de defesa, penas arbitradas despropositalmente pelos juízes, e desiguais, conforme o status do apenado, e punições de delitos religiosos e absurdos, como a heresia e o benzimento de animais. Pena de fogo em vida, de ferro em brasa, de mãos cortadas, de tormentos, além, é claro, da transmissão da infâmia aos descendentes do criminoso, revelam a grande crueldade e desumanidade desse direito.

No Período Imperial brasileiro continuou-se a utilizar as ordenações Filipinas, até acontecer o advento da primeira Constituição Brasileira de 1824, esta, baseada nos ideais Iluministas, a respeito dessa Carta Magna relata Zaffaroni (2003, p. 424):

A Constituição de 1824 mantivera a escravidão, sob a fórmula circunloquial de garantir o direito de propriedade em toda sua plenitude (art. 179, inc. XXII). A contradição entre a condição escrava e o discurso liberal era irreduzível [...] de outro lado o tratamento dos conflitos aguçado pela crise fará o projeto liberal de estado refluir para um projeto policial, num movimento de centralização política que explicitamente se veiculará através do poder punitivo, notadamente do processo penal.

Havia uma contradição evidente nas leis penais da Constituição e no Código Criminal de 1830, que apesar de ser de cunho liberal, no entanto, ainda perdurava o sistema escravista e, as práticas punitivas adotadas antes dessas leis. Assim, aborda Ferreira (2009, p. 179-180):

Além dos castigos corporais infligidos aos escravos pelos senhores e seus prepostos, após 1830, com a entrada em vigor do Código Criminal do Império – em caso de condenação à prisão – enquanto aos libertos e livres, pelo menos em tese, cabiam as então modernas formas de punir (reeducar e ressocializar), aos cativos continuava reservada a pena de açoites, era caracterizada pelos práticos e

cirurgiões que os acompanhavam como a morte com suplício, típica punição do antigo regime.

Na realidade o sistema penal no Período Imperial não teve mudanças significativas. A sociedade foi de certa forma se organizando, buscando inspiração no contexto histórico internacional, para a Abolição da Escravatura e a Proclamação da República, em que viriam novas leis e mudanças de comportamento institucional.

O Período Republicano, sob a influência filosófica positivista de Augusto Comte, substituiu a inferioridade jurídica do escravismo por uma inferioridade biológica, típica do pensamento positivista da época, segundo Zaffaroni, (2003, p. 443).

Criou-se em 1890, no governo republicano de Deodoro da Fonseca, o novo Código Criminal, que previa, de acordo com Motta (2011, p. 295), a pena privativa de liberdade como o centro do sistema penal, seja pela prisão disciplinar, pelo trabalho obrigatório, pelo estabelecimento agrícola, pela reclusão em fortalezas ou pela prisão celular.

Esse novo Código Penal direcionou suas penas para a classe subalterna, em que desejava ter o controle, como os imigrantes, as prostitutas, capoeiras, vadios, ébrios e afrodescendentes. Nesse sentido, Moraes (2012, p. 6), discorre:

Com a República, os ventos políticos sopraram na direção da criação de um arcabouço jurídico que fosse condizente com as demandas da federação. De imediato, o Código Penal Republicano, de 1890, tratou de instituir tipos penais que permitisse o controle e a ordenação das classes perigosas pelos governantes. [...] com a Constituição de 1891, extinguiu-se as penas de galés e de banimento e limitou-se as penas de morte, que só poderia ser aplicada em tempo de guerra.

No governo de Getúlio Vargas, foi elaborado um novo código penal, no intuito de punir os inimigos do poder e proporcionar a regeneração do condenado. Considerava o sistema progressivo como o mais adequado, com medidas de segurança classificando os autores de crimes como imputáveis e inimputáveis, dando início ao sistema do duplo binário Silva (1998, p. 46), assim discorre:

[...] o que se vê, é uma nítida diferenciação entre os autores de crimes que são responsáveis dos irresponsáveis. Surgindo o sistema do duplo binário, ou seja, a aplicação ao delinquente irresponsável das penas normalmente aplicáveis à espécie delituosa e, ainda,

medida de segurança. Vale dizer: o código de 1940 impunha a aplicação conjunta da pena e da medida de segurança.

Pode-se dizer que o Código Penal de 1940, era autoritário e ideológico, fruto de um regime ditatorial, que, só foi superado pelo estado de exceção promovido pelo golpe militar de 1964, que foi marcado pela repressão e desamparo a população mais carente, como se observa Pierangeli (2008, p. 195):

Em 1969, a Junta Militar decretou um novo código penal, que possuía modificações tecnocratas do código de 1940. Mas mantinha as penas extraordinariamente graves e as medidas de segurança com uma moldura autoritária idealista. [...] difundiu o regime disciplinar diferencial, que consistia em manter uma cela de segurança para os presos “perigosos”, isto é, para os que contestavam o regime.

Ainda, segundo Pierangeli (2008), em 1984, foi introduzida uma reforma no código penal, com as Leis nº 7.209 e nº 7.210, trazendo mudanças como a extinção da medida de segurança para os imputáveis, o réu poderia ser condenado no máximo até trinta anos de prisão, considerando também, como penas privativas de liberdade a reclusão e a detenção.

Enfim, o Brasil buscou em suas leis, imprimir um discurso humanitário e, a aplicação de suas penas tinha um suposto objetivo ressocializador, mas na realidade, reproduzia ideologias liberais para favorecer o sistema capitalista e manter a todo custo, o controle social.

3 A EVOLUÇÃO DO GARANTISMO PENAL

A teoria do Garantismo Penal proposta pelo jus filósofo Luigi Ferrajoli, tem como característica principal a defesa de direitos fundamentais que delimitam a atuação do poder estatal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, quando este aparelho de punição se encontra na direção de sua extinção.

Surgiu a partir das décadas de 1960 e 1970, inspirado na tradição jurídica do Iluminismo e Liberalismo, nas suas teorias contratualistas e utilitaristas do direito e da pena. Para contrapor a deslegitimação do sistema penal; pela percepção da existência de vínculos entre sistema penal e sistema econômico, e pela contradição existente entre o sistema jurídico liberal e os seus processos de encarceramento.

Desse modo, a trajetória histórica sobre punição estatal, cumprimento de penas, regras e normas, remontam-se de longo tempo, até chegar a Teoria do Garantismo.

3.1 DAS TEORIAS

No direito penal ao longo de sua evolução, nasceram múltiplas teorias com o objetivo de definir a função da pena.

Na teoria absoluta ou retribucionista, a pena não possuía nenhuma função preventiva, tendia apenas castigar.

Na teoria da prevenção geral, a intenção da pena seria fazer surtir no homem o receio de que caso venha a delinquir, sofrerá a aplicação da pena conferida na lei.

A teoria da prevenção especial, descreve que a pena estaria relacionada diretamente a pessoa que praticou crime, para o mesmo não voltar a delinquir diante da aplicação da pena concreta. De tal modo, o direito penal estaria demonstrando existirem mais benefícios em refrear eventual aparição criminosa, do que ter que aguentar o bom emprego da sanção penal.

A teoria mista ou unificadora, visa unir em uma só definição os objetivos da pena, a fim de indicar os pontos mais positivos existentes nas teorias absolutas e

relativas, constituindo uma teoria eclética. Ou seja, retribuir para o condenado o mal causado, e prevenir o condenado e a sociedade de novas condutas delituosas.

A Teoria da Prevenção Geral Positiva, parte da suposição que a Teoria de Prevenção Geral Negativa não tem desempenhado o intuito de evitar a ocorrência do delito, via intimidação. Enquanto, a prevenção geral positiva prega a mudança da coação psicológica pelo fim orientador da pena.

Existem diversas teorias com o propósito de identificar o verdadeiro fim da pena. Ao longo da evolução do direito penal surgiram pensadores ponderando não só sobre a função da pena, mas acerca do modo como a sua previsão e aplicação deve incidir.

A Teoria do Garantismo Penal, é uma integrante do movimento do minimalismo penal. Sua característica fundamental é a defesa de direitos essenciais do ser humano. Segundo Ferrajoli (2006), esse movimento surgiu por conta de três razões: a crise ou deslegitimação do sistema penal; a preocupação dos vínculos entre sistema penal e sistema econômico e a insuperável contradição entre sistema jurídico liberal e os seus processos de encarceramento.

O Ferrajoli (2006), objetiva em seu sistema garantista um entendimento baseado na tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo, utilizando teorias contratualistas, doutrinas dos direitos naturais, da filosofia racionalista e empirista, das doutrinas políticas da separação dos poderes, do positivismo jurídico, e concepções utilitárias do direito e da pena.

Sempre calcado numa visão crítica sobre as tecnológicas penas autoritárias e antigarantista, almejou incessantemente nos seus estudos imprimir um alto grau de racionalidade do juízo, com a limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

Ferrajoli (2006, p. 30), ao avaliar o positivismo jurídico e o contratualismo, como modelos autoritários e antigarantistas, exprimiu que:

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 o caso, completamente neutro a respeito de todas as demais garantias penais e processuais. Sem falar das concepções contratualistas, que têm servido igualmente de base à teoria hobbesiana do Estado absoluto, à lockeana dos direitos naturais e

do Estado de direito, fichteana do Estado pedagogo e à rousseauiana da democracia direta.

Dessa forma, Ferrajoli elabora um novo sistema geral de garantismo, com a finalidade de construir os alicerces fundamentais para um estado de direito que estabelece a proteção do direito de liberdade do indivíduo contra todas as formas de exercício arbitrário do poder, sob um ponto de vista racional, com enfoque especializado no Direito Penal e Processo Penal. Baseando-se em três sentidos: o epistemológico, o axiológico e o normativo.

3.2 CONCEITOS

O Direito Penal é revestido de uma personalidade garantista, a partir do momento em que se se impõe uma pena ou uma medida de segurança ao indivíduo. Uma vez que não existem parâmetros para que se institua uma sanção penal que não esteja prevista em lei. Ainda que, não derive de um processo penal no qual todos os princípios, direitos e garantias processuais penais tenham sido obedecidos.

Importante faz-se conceituar o significado da teoria do garantismo penal elaborada por Ferrajoli, de maneira especial notada como herança do iluminismo, e sustentáculo da proteção das garantias do cidadão, em especial a liberdade.

A obra “Direito e Razão” de Ferrajoli é estruturada em cinco partes bem delineadas. Primeiramente, avalia as condições epistemológicas necessárias à satisfação de um sistema garantista restringido ao modelo de direito penal mínimo.

Em seguida, Ferrajoli (2006, p. 18), apresenta os problemas relativos à pena, ao delito e ao processo, empregando um esquema de interrogações caracterizado por, “*se, por que, quando e como punir; por que, quando e como proibir; se, por que, quando e como julgar*”, quando contempla que:

Os problemas do *se* e do *por que* serão enfrentados na segunda parte, através da crítica tanto das doutrinas abolicionistas quanto daquelas justificacionistas do direito penal e a proposta de um utilitarismo penal reformado. Os problemas do *quando* e do *como* serão, ao contrário, discutidos na terceira parte, onde as respostas a

estes dois tipos de questão serão identificadas com as garantias penais e processuais que articularei, até o fim do segundo capítulo, entre um sistema de dez axiomas entre si conexos antes logicamente que axiologicamente.

Na quarta parte da sua obra “Direito e Razão”, Ferrajoli considera o sistema de intervenção punitiva no Estado italiano, a partir das conjeturas da Teoria do Garantismo Penal estruturada nos capítulos antecedentes. E, finaliza como referencial de justificação uma teoria geral do garantismo que, presta-se a averiguação do nível de racionalidade de todo o ordenamento jurídico, transcendendo os estreitos limites do direito penal e do direito processual penal.

A tarefa de conceituar essa teoria poderia ser fácil, especialmente frente à leitura dessa obra intitulada Direito e Razão, onde Ferrajoli bem apresenta e explana sua teoria. E na deficiência de um conceito de Garantismo Penal. Porém, Ferrajoli (2010, p. 785-786), traz três significados diferentes.

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

De tal modo, o Garantismo Penal se caracteriza como um direito que é a segurança dos cidadãos que, em um Estado balizado pelas leis, onde o poder necessariamente decorre do ordenamento jurídico, principalmente da sua Carta Magna, atua como um mecanismo para diminuir o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

O segundo significado, incide sob o ponto de vista da teoria do direito e crítica ao direito, Ferrajoli (2010, p. 785-786):

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém

separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Na realidade esse significado é um espectro crítico do ordenamento que, poderá na teoria ter uma visão garantista, mas na prática poderia vestir-se de uma força distinta.

Cademartori (2002, p. 103), sobre a definição de garantismo, aponta que detém incontestavelmente contornos próprios, apesar de poder ser encaixável no positivismo. A diferença entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes” é nomeada pelo próprio Ferrajoli como “juspositivismo dogmático”.

O terceiro significado de garantismo penal, Ferrajoli (2010, p. 787), traz o alicerce, frente à filosofia do direito e crítica da política.

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Este último significado, diversa dos anteriores porque não apresenta uma conotação interna da teoria, apenas a externa. Não analisada sob uma perspectiva normativa, ou da confusão entre normas, expõe-se como uma crítica filosófica, laica, pautada na finalidade da teoria garantista.

Ferrajoli amolda ao garantismo o modelo de Estado de direito que: formalmente, o princípio da legalidade restringi o poder. Os procedimentos, as formas e as competências dos poderes públicos estão regulamentadas por leis que a determinam, para caso em que não se observe as previsões legais haverá o controle judicial. Materialmente, os direitos fundamentais vinculam todo o poder público, isto é, através destes direitos fundamentais é conferido a legitimidade do exercício do poder. Sobre isto, Nascimento (2004, p. 59), assevera:

O modelo de Estado de Direito transcende o plano formal e atinge uma perspectiva substancial. O primeiro caracteriza-se pela adoção do princípio da legalidade, onde todo o poder público está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam a forma de exercício, e cuja observância é submetida a controle de legitimidade judicial; subordina todos os atos à lei, qualquer que seja esta. Em claro avanço, no plano substancial, todos os poderes estão a serviço dos direitos fundamentais dos cidadãos, com previsão constitucional das proibições de lesão aos direitos fundamentais (como no Estado Liberal), e obrigações de dar satisfação aos direitos sociais (como no Estado Social), com a possibilidade dos cidadãos ativarem a tutela judicial. Todos os atos e leis estão submetidos aos conteúdos dos direitos fundamentais, inderrogáveis, mesmo que pela maioria.

Destaque-se que Ferrajoli não insinua a transformação da estrutura estatal, mas o aprimoramento do Estado de direito existente. Na concepção liberal propõe a não intervenção nos direitos de liberdade do cidadão. Na visão social, defende a máxima intervenção do estado no sentido de assegurar os direitos sociais aos cidadãos. Assim, o termo “garantismo” identifica o Estado Constitucional de Direito.

Para Ferrajoli (2006, p.806), a validade e vigência da norma jurídica, são categorias jurídicas autônomas e independentes entre si. Mesmo que a norma seja elaborada de acordo com os procedimentos estabelecidos em lei, caracteriza apenas uma norma jurídica vigente, não garantindo sua validade, segundo exposto:

Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam as formas e os procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, seu significado. Sejam as condições formais suficientes para que uma norma esteja vigente, sejam substanciais necessárias para que esteja válida, estão estabelecidas pelas normas jurídicas que lhes disciplinam a produção em nível normativo superior.

A proposta garantista não segue a dogmática tradicional de que a norma jurídica é válida quando retirada em conformidade de uma norma jurídica superior, hierarquicamente, do mesmo sentido jurídico, este entendimento não satisfaz o modelo e os anseios garantista. Afirma Carvalho (2003, p. 102):

Ocorre que, com a recepção dos valores iluministas pelas Constituições, a arquitetura do ordenamento e os vínculos entre as normas modificaram-se. A cadeia principiológica constitucionalizada

(direitos fundamentais) determinou regras sobre a produção legal não reduzida apenas às suas condições formais (procedimentais e de competência), mas, sobretudo, relativas ao seu conteúdo (vínculos substanciais). A incorporação constitucional dos direitos fundamentais impõe à teoria do direito revisão das esferas da validade e vigência das normas, e a necessária separação destas categorias, principal erro do 'paleopositivismo dogmático' (dogmatismo).

Outro ponto importância na proposta garantista, é em relação à filosofia da política, remete-se a preocupação de Ferrajoli em justificar o Estado, a partir de um referencial ético-político, não de cenário interno, mas externamente ao sistema normativo, a partir da centralidade da pessoa humana e do respeito aos direitos humanos. Nesse sentido explica Nascimento (2008, p. 64):

Como filósofo do Direito, Ferrajoli parafraseia a expressão *autopoieses*, de Niklas Luhmann, segundo o qual o Estado é um fim em si mesmo. Ao criticar tal expressão, defende Ferrajoli uma concepção *heteropoiética*, na qual o Estado é um meio de garantir os direitos fundamentais do cidadão. Assim, sob esse aspecto, a sociedade e as pessoas são consideradas em si mesmas, com fins e valores, para cuja tutela é instituído o Estado, e no qual a legitimação do direito se faz de modo externo.

A partir da demonstração dos significados acima elaborados, pode-se conceituar a teoria do garantismo penal como sendo uma política criminal onde subsiste a atuação mínima do Estado no sistema normativo positivo, ajustado na validade da norma e sua efetividade de forma distinta e também entre si, operando como uma filosofia política externa que atribui ao Estado e ao Direito, o ônus de trazer a finalidade da norma penal.

Sendo assim, o garantismo penal convém como um freio ideológico para atuação indiscriminada do Estado no livre-arbítrio do cidadão. A forma como o direito é materializado no sistema normativo, seria um dos obstáculos que o poder punitivo estatal sofre.

3.2.1 Os axiomas da Teoria Garantista

A teoria do garantismo penal, defendido por Ferrajoli, utilizou dez axiomas, que serviram como regra fundamental do jogo. Na ausência de qualquer um deles, não é permitido punir. Entretanto, estão ligados a onze termos, a saber: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa, que constituem uma condição necessária para a atribuição da pena. São eles, Ferrajoli (2006, p. 91):

- A1 Nulla poena sine crimine*
- A2 Nullum crimen sine lege*
- A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- A4 Nulla necessitas sine injuria*
- A5 Nulla injuria sine actione*
- A6 Nulla actio sine culpa*
- A7 Nulla culpa sine iudicio*
- A8 Nullum iudicium sine accusatione*
- A9 Nulla accusatio sine probatione*
- A10 Nulla probatio sine defensione*

Deste jeito, cada axioma tutela um valor, um princípio. O primeiro, não há pena sem crime, refere-se ao princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito.

O segundo, não há crime sem lei, corresponde ao princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito.

Terceiro, não há lei penal sem necessidade, é o próprio princípio da necessidade ou da economia do direito penal.

Quarto, não há necessidade sem ofensa a bem jurídico, diz respeito ao princípio da lesividade ou ofensividade do evento.

E de forma sucessória, não há ofensa ao bem jurídico sem ação, trata do princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.

Não há ação sem culpa, condiz com o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.

Não há culpa sem processo, concorda com o Princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito.

Não há processo sem acusação, confere ao Princípio acusatório ou da separação ente o juiz e a acusação.

Não há acusação sem prova, em simetria com o princípio do ônus da prova ou da verificação.

O último axioma, equivale ao princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

Prado (2012), observa que o garantismo constitui uma corrente filosófica jurídica cujos postulados apresentam diretrizes para legitimação do ordenamento jurídico como um todo e se caracteriza pela instrumentalização do Direito e do Estado, na procura de direitos e bens fundamentais dos cidadãos. Visto que:

O garantismo pode ser focado sobre três aspectos conexos entre si, a saber: a) garantismo como um modelo normativo de direito, em que se considera com o garantista o sistema jurídico compatível com as exigências do Estado de Direito; b) garantismo como uma teoria jurídico crítica, cuja a proposta é distinção entre a normatividade e a realidade, ou seja, a contraposição entre o ser e dever se, relevando-se, portanto, como uma oposição ao positivismo dogmático; e c) o garantismo como uma Filosofia Política, preconizando a justificação externa do Direito e do Estado no reconhecimento e proteção dos direitos que constituem sua finalidade.

Portanto, os axiomas do garantismo penal é um modelo a ser seguido no exercício do Direito Penal, através de sua positivação, e sobretudo respeito na prática jurídica. Logo, servem para legitimar a aplicação deste direito.

3.3 PRINCÍPIOS

O direito é formado por regras e princípios, que exerce um forte papel controlador por vários meios. Possui capacidade intrínseca de dirimir conflitos, e sua aplicação no ordenamento jurídico ocorre através das normas.

Sendo normas jurídicas como gênero que opera. E, espécies, as regras e princípios, incluídos os princípios explícitos, e os princípios gerais de direito.

Por conseguinte, os princípios instituem norma jurídica para todos os efeitos. São fontes normativas que necessitam de ser utilizadas na operação do direito, de maneira harmoniosa, almejando sempre a completude do ordenamento.

Ao abordar sobre os direitos fundamentais Alexy (2011, p. 136), apresenta o modelo de princípios como uma forma de atuação do direito.

Entre os princípios relevantes para decisões de direito fundamental não se encontram somente princípios que se refiram a direitos individuais, isto é, que conferem direitos fundamentais *prima facie*, mas também aqueles que têm como objeto interesses coletivos e que podem ser utilizados, (sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possam ser também utilizados como razões favoráveis a eles.

Os princípios possuem uma relevância constitucional enorme. Sua importância é destacada por Grau (2005, p. 158), nos seguintes termos:

A importância dos princípios é enorme. Tão grande, que da sua inserção no plano constitucional resulta a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios, como veremos mais adiante.

Sempre que se referir um direito fundamental subjetivo, implicitamente, no mínimo, estará perante um princípio fundamental.

Lima (2012, p. 53-54), esclarece o poder e a relevância dos princípios constitucionais sobre as demais regras, seja do sistema legal, seja da constituição:

Todavia, entre as normas constitucionais, podemos afirmar, os princípios são as linhas mestras, os núcleos fundamentais da Constituição, havendo uma superioridade deles em face das regras. É que o subsistema constitucional estrutura suas normas, hermeneuticamente, de forma escalonada. Mas a hierarquia, aqui, é tomada axiologicamente. Por veicularem valores jurídicos mais importantes, os princípios são normas que ocupam posições privilegiadas na Constituição.

Observa-se a predominância dos princípios perante o ordenamento. Como fonte normativa do direito, têm o papel de servir como viga mestra do sistema normativo estatal. Além disso, operar como legitimador das normas derivadas, ante o poder hierárquico dos princípios, servindo assim, com o objetivo previsto na teoria do garantismo penal.

A respeito dessa atuação predominante dos princípios como fonte normativa, assevera Mello (2004, p. 841-842):

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e

inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Norberto Bobbio apresentou o garantismo penal, já no prefácio da primeira edição italiana do livro *Direito e Razão*, como significando, Ferrajoli (2010, p. 7):

[...] sistema geral do garantismo jurídico ou, se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que têm por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder.

Diante de todo explanado, confere-se que a teoria do garantismo penal atuará junto ao direito através de um instrumento idealizado de todo o ordenamento: os princípios, e não agirá por meio de regras taxativas.

Verifica-se, em especial, que os princípios são as ferramentas do garantismo penal, para minimizar o poder institucionalizado. Devem possuir vasto amparo pelo órgão jurisdicional, das garantias relativas à pena, das garantias relativas ao delito e das garantias relativas ao processo, quais sejam, os dez axiomas.

Ferrajoli (2006, p. 91), designou como princípios das garantias penais e processuais, os respectivos:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da *conseqüencialidade* da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exteriorização da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus* da prova ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.

Com apoio dos princípios, se estabelece a função do sistema de garantias de condicionar a existência da pena, deslegitimando a atuação absoluta do poder punitivo.

3.3.1 Princípios da retributividade, da legalidade e da necessidade.

Estes princípios são os três primeiros axiomas – *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege e; nulla lex (poenalis) sine necessitate* –, consubstanciados respectivamente nos princípios da retributividade, da legalidade e da necessidade, e dizem respeito às garantias relacionadas à pena.

O princípio da retributividade implica a ideia de que o delito justifica a pena, constituindo esta a consequência jurídica do crime, isto é, numa relação de causa e efeito jurídico, tem-se o delito como causa e a pena como efeito. Porém, a realização do delito não se torna, por si só, suficiente para imposição da pena, esta depende de outras condições de punibilidade e procedibilidade para que o Estado exerça seu poder de punir quando ocorrer à prática da infração penal. Assegura Ferrajoli (2006, p. 339):

O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária e mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.

Em relação ao princípio da legalidade, é modelo limitador para o poder punitivo estatal. Está previsto no artigo 1º do Código Penal, e no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1998: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Trata de um direito fundamental, e protegido como cláusula pétrea.

Para Ferrajoli é necessário analisar esse princípio sob duas óticas, quais sejam: da mera legalidade ou legalidade em sentido *lato*, e da estrita legalidade.

O princípio da legalidade ampla ou da mera legalidade condiciona que não a há crime e não há pena, sem lei anterior que os defina, ou seja, a lei como condição do crime e da sanção penal.

Este princípio é dirigido aos juízes, aplicadores da lei, e determina a sujeição destes ao ordenamento jurídico, qualquer que seja o conteúdo das normas jurídicas.

Seria uma forma de enunciar as condições de existência e vigência da lei penal, figurando assim, como um princípio geral de direito público.

Já o princípio da estrita legalidade, abarca toda proposta garantista e emprega em torno de si os dez axiomas sobre os quais Ferrajoli desenvolve sua Teoria. Este princípio somente se aperfeiçoa na presença de todos os princípios do Garantismo Penal.

O legislador deve pautar o seu poder legiferante sob a ótica garantista, considerando assim, como uma condição de validade da lei, a taxatividade dos conteúdos e a aplicação, subordinando seu conteúdo aos direitos fundamentais. De acordo com Ferrajoli (2006, p. 93):

Enquanto o axioma de *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla Lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actine, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. Daí se segue [...], um papel distinto dos dois princípios e uma distinta estrutura normativa do sistema legal exigida por eles: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que prevêem penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes.

Contudo, resta evidenciado a tamanha importância do princípio da legalidade para o ordenamento jurídico, seja pela ótica de tratamento dado pelo constituinte originário no Brasil, seja pela teoria do garantismo penal, é elemento base de toda norma penal, para que possamos considerá-la válida, vigente, eficaz e constitucional.

Quanto ao princípio da necessidade ou da economia do direito penal, ou como modernamente é denominado princípio da intervenção mínima, afirma que não há lei penal sem necessidade. Ferrajoli adota como base as ideias iluministas, onde o direito penal deve ser tratado como a última opção sancionatória no duelo as condutas humanas indesejadas, isto é, a sanção penal deve ser necessária e, entre as admissíveis, a menos grave possível a fim de prevenir a prática de novos crimes.

De acordo com esse princípio, somente se deve acorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios, é o último recurso do Direito Penal.

Não obstante a precaução de novos crimes seja um das finalidades visadas através da cominação da sanção penal, não deve ser a único. A prevenção de reações informais igualmente deve ser ponderada como fator de minimização da intervenção penal, isto é, nesta acepção, assegura Carvalho (2003, p. 150): “A pena, portanto, seria um instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência”.

Deste modo, a prevenção da prática de novos delitos na teoria garantista consistiria ser o critério informativo do patamar mínimo da pena, enquanto a prevenção de reações arbitrárias constituiria o grau máximo da intervenção penal. As penas de algum modo excessivas e/ou desumanas, como penas de morte, corporais, cruéis, restariam não legitimadas a partir da Teoria do Garantismo Penal.

3.3.2 Princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade.

Compõem os axiomas *nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione e; nulla actio sine culpa* - revelados nos princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade, e referem-se às garantias relativas ao delito.

O Princípio da Lesividade também denominado de princípio da ofensividade, quer dizer que não há necessidade sem relevante ou concreta lesão ao bem jurídico protegido. Nesse diapasão, ilustra Bitencourt (2008, p. 22):

Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

A proposta prevista na teoria garantista, acorre-se do princípio da lesividade, não só para justificar a intervenção punitiva, mas, especialmente, para que a

criminalização de certas condutas que não sujeitam o bem jurídico a no mínimo uma situação concreta de perigo, não sejam legitimadas. Leciona Ferrajoli (2006, p. 438):

Um programa de direito penal mínimo deve apontar a uma massiva deflação dos “bens” penais e das proibições legais, como condição da sua legitimidade política e jurídica. É possível, também, que nesta reelaboração fique evidenciada a oportunidade, em função da tutela de bens fundamentais, de uma maior penalização de condutas hoje não adequadamente proibidas nem castigadas [...]. Entretanto, nosso princípio de lesividade [...], atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas.

Já o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, diz que não haverá lesão sem conduta, isto é, ordena que para que um fato seja considerado penalmente relevante, que ele seja consequência de uma conduta humana. O direito penal deve ater-se apenas a resultados lesivos que sejam acarretados pela ação humana. Ferrajoli (2006, p. 440), ilustra a importância desse princípio:

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimos interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passíveis de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal.

O princípio da materialidade, na proposta garantista, afasta da intervenção punitiva estatal, aparências puramente morais, religiosas e sentimentais, garantindo a liberdade de consciência. Deste modo, observa-se que esse princípio impede a criação de tipos penais que punam a forma de pensar, o estilo de vida. Há somente a penalidade pela ação ou omissão do homem, pois o direito penal é do fato e não do autor. Neste diapasão, assevera Ferrajoli (2006, p. 442):

[...] existe um âmbito da vida pessoal intocável pelo poder estatal e resguardado do controle público e da vigilância policial: não apenas as intenções e os projetos, mas, também, com maior razão os erros do pensamento e a opinião que, segundo Hobbes, são exculpáveis ao máximo, posto que, “é impossível que um homem erre de propósito”.

No princípio da culpabilidade, deve-se apurar o grau de culpa (dolo ou culpa *stricto sensu*), para então, dosimetrar a punição pela prática humana. Esse princípio assegura que é da pessoa que praticou o ato a responsabilidade criminal, sendo obrigatória a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor, e caso haja dúvidas razoáveis, há de sobrepor o axioma do “*in dubio pro réu*”.

Outrora, a coerção penal sustentava-se unicamente em uma relação direta de causa e efeito, em que só era necessário um resultado lesivo para configurar responsabilidade penal do agente. A respeito do princípio da culpabilidade, Batista (2004, p. 103-104), ensina que:

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável. [...] Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável à culpabilidade. [...] Em segundo lugar, temos a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas conseqüências: a *intranscendência* e a *individualização* da pena. A *intranscendência* impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime [...].

Quer dizer que, na antiguidade, a intervenção penal, abstrai de dolo ou culpa e, amplia-se, até mesmo, aos familiares do agente. E o princípio da culpabilidade rejeita legalmente essa responsabilidade penal objetiva e subordina a sanção penal estatal à culpa em sentido estrito do agente, diante do critério subjetivo do crime.

3.3.3 Os princípios da jurisdiccionariedade, do acusatório, do ônus da prova e do contraditório.

Por fim, observa-se que estes quatro últimos axiomas da Teoria de Ferrajoli – *nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione e; nulla probatione sine defensione* – desvendados nos princípios da

jurisdicionariedade, acusatório, do ônus da prova e do contraditório, versa sobre as garantias atinentes ao processo penal.

É de suma importância que estes últimos sejam tratados de forma integrada com os demais princípios: retributividade, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade e da culpabilidade, para que assim haja eficácia mútua entre os dois conjuntos de princípios, os penais e os processuais penais, com isso, assegurar a concretização da proposta garantista.

Em relação a essa ligação entre as garantias penais e processuais penais, Ferrajoli (2006, p. 495), assevera:

[...] cada modelo de legitimação interna dos pressupostos da pena remete a um correspondente modelo de legitimação de seus meios de investigação no processo penal. E, inevitavelmente, cada modelo de processo penal, seja considerado sob o ponto de vista normativo, seja sob o da efetividade, assinala sempre, por sua vez, um correlativo sistema normativo ou efetivo de direito penal substancial. Esquemas e culturas penais e processuais penais, como tenho dito muitas vezes, são sempre conexos entre si. E a conexão é histórica muito mais do que teórica, dado que os acontecimentos do direito penal substancial e da doutrina do delito sempre tiveram por modelos as experiências das instituições judiciárias, e vice-versa.

O princípio da jurisdicionariedade diz que não há reconhecimento de culpa sem que o órgão jurisdicional a reconheça. O devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência de que as penas de natureza criminal sejam impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição Federal.

Na proposta garantista o princípio da jurisdicionariedade é uma submissão à jurisdição, é um princípio essencial, e concomitantemente, estruturante dos demais princípios que abordam sobre garantias processuais penais.

Com isso, percebe-se que esse princípio se revela com dois significados diversos. Em sentido amplo, deriva da demanda do conjunto dos princípios materiais e substanciais. As garantias de natureza penal originam a existência do princípio da jurisdicionariedade. Em sentido estrito, pressupõe e agrega as outras garantias de ordem processual penal, o modelo acusatório de processo; o ônus da prova a cargo da acusação e; a afirmação do contraditório.

Depois de formar a distinção em sentido amplo e em sentido estrito do princípio da jurisdicionariedade, Ferrajoli relaciona-os com prováveis arquétipos de

processo penal, o sentido amplo sendo identificado como modelo “decisionista” de processo penal e, como modelo de processo penal chamado de “cognitivo”, a estrita submissão à Jurisdição.

O modelo “decisionista” caracteriza-se como um arquétipo de processo penal composto necessariamente em valores, na busca irrestrita da verdade material e, em que o resultado valida o procedimento.

De outra forma, o molde “cognitivo” de processo penal estima a procura da verdade a partir, a começar pela observação dos limites legais antecipadamente estabelecidos, em que o provimento final é legalizado pelo respeito às regras do procedimento.

Após associar o modelo de processo penal “cognitivo” ao direito penal mínimo e o “decisionista” ao direito penal máximo, Ferrajoli (2006, p. 498), explica que:

As garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma *verdade mínima* em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação.

Ao contrário, o processo decisionista, [...] assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma verdade máxima, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Neste segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados). Compreende-se por isso que as garantias procedimentais configuram *garantias de verdade* além de *garantias de liberdade*: de uma verdade mais reduzida, [...] mas também mais controlada que as verdades substanciais mais ou menos aprioristicamente intuídas pelo juiz.

O princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, afirma que o poder judiciário não exerce o direito de ofício, devendo ser provocado, o referido poder é inerte e por ser inerte não pode agir (princípio da inércia).

O juiz não reconhece culpa sem provocação, numa frase significa simplesmente que o julgador deve ser pessoa distinta da do acusador.

O modelo acusatório versa fundamentalmente na estruturação de um processo penal de partes, em que existe o isolamento das funções de acusar, defender e julgar.

Percebe-se que o princípio acusatório implica um processo penal entre as partes, onde ergue o acusado a uma situação jurídica de direito, buscando assim a garantia de paridade de condições em relação ao órgão que promove a acusação, e não ser visto apenas como objeto de investigação. Leciona Ferrajoli (2006, p. 519-520):

[...] parece-me que no plano teórico a dicotomia “acusatório/inquisitório” pode utilmente designar uma dúplice alternativa: primeiramente aquela entre dois modelos opostos de organização judiciária e, por conseguinte entre duas figuras de *juiz*; em segundo lugar aquela entre dois métodos igualmente contrapostos de investigação processual e, portanto, entre dois tipos de *juízo*. Justamente pode-se chamar acusatório todo o sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei *inquisitório* todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.

O princípio do ônus da prova destaca que não há acusação sem a existência de prova ou suficiente indício de autoria. Ao réu não se deve impor o ônus de provar que é inocente, cabe à acusação quem tem a obrigação de provar a responsabilidade criminal do imputado.

Esse princípio robustece e complementa o modelo acusatório de processo penal, na forma em que se combina o princípio do ônus da prova a cargo da acusação, em um protótipo de processo penal que privilegia a divisão das funções de acusar, defender e, principalmente, julgar.

O modelo acusatório de processo penal onde separa as funções de acusar e defender ocasiona o aparecimento de distintas e identificáveis partes na relação processual.

Por um lado, o órgão designado para deduzir e promover a acusação, e por outro, a defesa cujo encargo consiste em demonstrar a inexistência de responsabilidade penal do indiciado.

Acontece que, nesta relação processual penal, o princípio da presunção de não-culpabilidade decai a favor do acusado, transferindo a obrigação de comprovar efetivamente a responsabilidade penal do acusado ao órgão investido para promover a acusação. Segundo Ferrajoli (2006, p. 562):

Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do *ônus acusatório da prova* expresso pelo nosso axioma *A9 nulla acusatio sine probatione*. Por outro lado, a rígida separação dos papéis entre os atores do processo, [...] forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas.

Por fim, o princípio do contraditório ou da ampla defesa, garante que no devido processo legal, o réu tem o direito constitucional de saber do que está sendo acusado e que lhe seja assegurado o amplo poder de defesa em todas as acusações. Este princípio significa que as provas só existirão se submetidas ao contraditório.

Decorrente do sistema acusatório de processo penal, o princípio do contraditório assegura a possibilidade de impugnação da pretensão acusatória. Afasta a acusação calcada em bases valorativas, não suscetíveis de contestação.

Este princípio exige a equidade de tratamento no decorrer de toda relação processual, entre o órgão de acusação e a defesa do acusado. Destaca Ferrajoli (2006, p. 564):

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o *direito de defesa*, expresso aqui como o axioma *A10 nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia [...] como principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A *defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre

hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas. (FERRAJOLI, 2006, p. 564).

Dessa forma, faz se necessário, tanto um acompanhamento quanto uma orientação por parte de um defensor, a fim de contrapesar a relação “acusação/defesa” na colisão processual penal.

4 APLICABILIDADE DO GARANTISMO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988, deu um passo muito importante na conquista de direitos sociais. Tem-se buscado incessantemente a sua efetivação, sua aplicabilidade. Sendo uma das mais avançadas do mundo.

Ferrajoli (2014) classifica o momento constitucional em que o Brasil e outros países ocidentais vivem como "constitucionalismo da terceira geração". É justamente a geração que transformou os direitos sociais em direitos fundamentais:

Se as constituições do século XIX, dos Estados liberais, eram um freio ao poder do Estado, as constituições atuais são um passo à frente. São textos que criam, além de limites para o poder estatal, obrigações políticas em relação aos cidadãos.

As leis penais atuais se baseiam em três gerações constitucionais. A primeira é a dos estados liberais do século XIX e tem como momento fundador a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assinada na França em 1789, ainda no contexto da Revolução Francesa.

Esse tipo de texto constitucional funcionava mais como pacto social para garantir que os poderes do Estado não seriam absolutos, já que todos os homens e cidadãos agora tinham direitos.

A segunda geração, surge a partir da segunda metade do século XIX, mas ainda não como princípios fundamentais positivados. Funcionavam como leis ordinárias, e, portanto, estavam no mesmo patamar das demais leis. Era chamado na época, de poder dos parlamentos.

Nesse contexto surge os regimes totalitários do século XX. E, por último o constitucionalismo, que dar ênfase as liberdades individuais e o direito à vida, em que os direitos fundamentais e sociais foram elevados ao patamar de direitos constitucionais.

4.1 AS GARANTIAS JURÍDICAS E O CONSTITUCIONALISMO

O Brasil viveu muitos anos sob regime ditatorial, sendo quinze anos da era Vargas e outros vinte e um anos de regime militar, trazendo consequências culturais centralizadoras na sociedade, cujos reflexos danosos para a implementação da democracia, da cultura democrática levará muito tempo para ser corrigido.

A busca de valores de igualdade, fraternidade, dignidade e liberdade, são próprios de uma cultura democrática, como regime que confere ao povo a detenção do Poder, que o exerce diretamente ou através de seus representantes (art. 1º, parágrafo único, da CF). Em um Estado Democrático, este é quem deve promover e fazer valer o seu Poder para a efetivação dos valores acima expostos (art. 3º, da CF).

Como a base da teoria do garantismo penal é a proteção à liberdade do cidadão, observa-se que no art. 5º, da Constituição Federal de 1988, trata das garantias fundamentais de cada indivíduo.

Pode-se destacar com um exemplo da presença do garantismo na lei maior do Brasil, é o princípio do devido processo legal, exposto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, que indica que ninguém deverá ter condenação transitada em julgado sem que antes tenha ocorrido o devido processo legal.

Havendo assim, uma contradição quando o Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento de *habeas corpus*, entendeu que, após decisão de segundo grau que ratifica a sentença condenatória, o réu poderá ser recolhido para realizar o cumprimento provisório da pena aplicada enquanto aguarda a declaração de trânsito em julgado.

Essa medida é contrária aos princípios constitucionais já citados, expandindo o direito de punir do Estado sem que o réu tenha o direito de passar por todas as fases da formação da culpa e dos recursos que lhes são garantidos.

Além disso, o cumprimento provisório de sentença não se equipara de forma alguma a prisão em flagrante, pois a finalidade da prisão em flagrante é garantir que o eventual exercício do direito de punir do Estado seja cumprido, enquanto o cumprimento de sentença tem a finalidade de cercear os direitos do apenado, sem que este tenha sido declarado condenado por sentença transitada em julgado.

Buscando analisar a temática do respeito ao devido processo legal neste caso prático, é preciso também abordar os aspectos do Princípio da não culpabilidade e sua relação com a formação da culpa. Este princípio, como exposto anteriormente, tem o papel indispensável de garantir que não ocorra ofensa contra as liberdades individuais decorrentes do direito de punir do estado.

Pode-se se ver que, originado do Princípio da não culpabilidade, têm-se o princípio da presunção da inocência também prevista no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, foi totalmente desrespeitado quando a Suprema Corte Brasileira publicou o julgamento do referido *habeas corpus*, ferindo as garantias fundamentais sem nenhum lastro jurídico e com base no clamor popular.

Sendo uma decisão que afeta inclusive o período de formação da culpa no processo penal, que é em síntese a ocasião em que o réu deverá ser julgado, ouvido e produzido as provas, este dispositivo está disposto na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXVIII, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Brasil, Constituição Federal de 1988)

Colocar-se assim, à disposição, o réu para o cumprimento antecipado de pena sem que este tenha usufruído do instituto da formação da culpa e dos princípios da ampla defesa e devido processo legal, por simples intuito de acelerar o procedimento, é uma medida flagrantemente inconstitucional e contrária aos direitos humanos e garantias fundamentais.

O cumprimento provisório de sentença, levando em consideração os princípios citados e a legislação pátria é expressamente inconstitucional, pois viola os direitos e garantias fundamentais do indivíduo que sofre o processo penal, expandindo o direito de punir do estado sem respeitar o princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

Neste caso, a execução provisória da sentença abre espaço para a subjetividade do tempo da pena, de que forma ela vai ser calculada caso o réu

passa a cumprir a pena antes do trânsito em julgado e esta seja homologada depois, se não há nenhuma legislação que trate deste tipo de cumprimento de pena.

Na verdade, o que ocorreu foi uma irreflexão do Supremo Tribunal Federal em querer aplicar celeridade nos processos penais e tentar cessar a morosidade da justiça, agindo em desrespeito com os cidadãos e a própria Constituição que é guardião.

Assim, encontra-se violado o princípio da presunção da inocência. Segundo o qual, o acusado só pode ser tratado como culpado, a partir de uma sentença penal condenatória irrecorrível. Durante todo o andamento do processo penal, o acusado deve alardear a condição de inocente. Como preceito de juízo, o princípio da presunção de inocência transfere ao órgão acusatório todo o ônus da prova sobre a existência do crime e a responsabilidade penal do acusado.

Deste modo, conclui-se que a inocência não precisa ser provada, em razão da presunção relativa de inocência: o que deve ser provado é a culpabilidade, para derrubar essa presunção, pois conforme afirma o desembargador Carvalho (2003, p. 110):

Garantisticamente, a inocência se presume e a culpa se comprova objetivamente, o que é um ônus do Estado-acusador. Em linha oposta à do civil, não há, no direito processual penal, ônus quanto à matéria não contestada ou silenciada. Já no século XVII, Hobbes havia constatado, em seu *Leviatã*, que, ao fundar um Estado, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não ao de defender a si mesmo. Ainda, que cada um se obriga a ajudar o soberano da punição de outrem, mas não na sua própria.

A presunção de inocência que milita em favor dos acusados, jamais pode deixar de ser considerada. Princípio também ovacionado na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, em 22.11.1969. Conforme Júnior (2000), foi consubstanciado pelo ordenamento jurídico atual de ordem mundial, prelecionando sobre as garantias do cidadão, inserindo também os princípios do devido processo legal, do contraditório, e, principalmente, da ampla defesa.

O Decreto Legislativo nº 27, de 26.05.1992, foi quem aprovou no Brasil essa Convenção, ratificado pela Carta de Adesão de 25.09.1992, e incorporada no direito pátrio pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992, que determinou seu integral cumprimento, e vem fortalecer o princípio constitucionalmente consagrado do *in*

dubio pro reo, ou princípio do *Favor Rei*, pregando que, diante da dúvida, por mínima que seja, deve-se absolver o acusado.

O Direito brasileiro foi signatário na Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, adotando a presunção da inocência como princípio basilar, tanto que Gomes e Piovesan (2000, p. 226), afirmam que ela:

[...] subsiste até o momento da condenação em definitivo. E não existe condenação sem um mínimo de atividade probatória, logo, é de se concluir que a única forma de se destruir a presunção consiste na realização de uma atividade probatória suficiente, da qual deve se encarregar quem fez a acusação, pois o ônus de comprovar os fatos e a atribuição e a atribuição culpável deles ao acusado, por força do artigo 156 do CPP, é de quem formula a acusação, impondo-se observar que jamais pode-se atribuir ao acusado a responsabilidade ou o dever de provar a sua inocência.

De acordo com Ferrajoli, a histórica coexistência do princípio da presunção de inocência com o instituto da prisão processual não satisfaz, por si só, para tornar legal o encarceramento do acusado antes de uma decisão penal condenatória final.

Com efeito, justificada pelos teóricos do movimento Iluminista como um “mal necessário”, a prisão processual põe-se nos ordenamentos jurídicos a partir do século XVIII e, modificou-se, paulatinamente, em medida de segurança social.

Destaca-se, ainda, que o programa fascista adulterou sobremaneira o instituto da prisão processual, ao utilizá-la, não como medida de tutela da regularidade da persecução penal, igualmente, como medida de defesa da ordem política então instituída.

Na realidade, o programa fascista aplicou o cerceamento da liberdade de locomoção com nítido propósito metaprocessual, isto é, como ferramenta de proteção do Estado através da prisão preventiva obrigatória e/ou automática contra os indivíduos considerados “perigosos”. A respeito compendia Ferrajoli (2006, p. 50-509):

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com o princípio da presunção de inocência: na medida nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se

tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio “nulla pena, nulla culpa sine iudicio” e à redescoberta do processo acusatório. [...] Nenhum desses pensadores [Iluministas], contudo, chegou a exigir coerentemente a supressão do vituperado instituto: como se ele fosse uma “injustiça necessária” [...]. Em suma, ainda que em nome de “necessidades” diversas, por vezes invocadas cada qual como exclusiva [...] a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico. [...] a consequência dessa legitimação foi que a prisão preventiva, depois do retrocesso autoritário da cultura penal oitocentista, arraigou-se em todos os ordenamentos europeus, estando presente nas cartas constitucionais, consolidando-se nos códigos e estendendo-se nas práticas até atingir as bem conhecidas dimensões patológicas hodiernas.

A prisão processual afrontaria o senso ordinário de justiça, infiltrando temor e desconfiança e, por conseguinte, ocasionando a ausência de legitimidade ao processo penal. Assevera Ferrajoli (2006, p. 511-512):

[...] toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo.

A não efetivação, tanto desse princípio quanto dos demais abordados, fere diretamente um dos fundamentos do Estado brasileiro que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Silva (2002, pág. 105), leciona que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Moraes (2000, p. 60), pondera que:

A dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa

humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (Moraes, 2000, pág. 60)

No Estado democrático de Direito todos os princípios que o regem devem fundar-se no respeito à pessoa humana, como princípio estruturante. Representa o arcabouço político fundamental constitutivo do Estado no qual se assenta todo o ordenamento jurídico. Por isso, é respeitado como princípio maior na interpretação de todos os direitos e garantias aferidos às pessoas no Texto Constitucional.

4.2 O GARANTISMO NA DEMOCRACIA

No mundo contemporâneo, diversos países colocaram nas suas constituições vários princípios universais, que garantem os direitos fundamentais dos indivíduos.

Na Constituição Brasileira de 1988, não foi diferente, o estado democrático de direito passou a ser considerado seu postulado estruturante, como se vê no seu artigo primeiro:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político.

Os constituintes dessa Carta Magna, se preocuparam em assegurar os direitos e garantias individuais, proibindo alterações que abolissem suas normas por meio de emendas (art. 60, §4º), transformando-os em cláusulas pétreas, Sarlet (2003, p. 104):

A constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais [...] Mediante tal expediente, o constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar os princípios fundamentais a qualidade de normas embaixadoras e informativas de toda ordem constitucional.

Nesse sentido, a constituição procura garantir certos direitos contra interferências indevidas do poder público. Isso decorre da sua rigidez e da dificuldade de modifica-la.

As normas infraconstitucionais só serão válidas se estiverem em consonância com as normas da Constituição Federal. Como menciona Toshi (2003):

Sendo rígidas as normas constitucionais, as leis infraconstitucionais em vigor para serem recepcionadas pela Constituição Federal devem estar de acordo com seus fundamentos, bem como, as que devem ingressar no ordenamento jurídico.

Todavia, a Constituição não deve ser apreendida apenas como um texto jurídico fundamental, em que estão positivados direitos e garantias, mas como um “núcleo de princípios”, cujas normas englobam o texto aplicado e concretizado.

Como muito bem baliza Streck (2004, p. 181): “a compreensão do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito implica a construção de possibilidades para a sua interpretação. Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho!”.

Afinal, há uma grande diferença entre a lei codificada e a lei analisada, ativada pelo julgador. Só então se pode evidenciar as suas imprecisões, fazer emergir as incongruências e, dessa forma, torná-la humanizada. Para Streck (2004, p. 323):

A “baixa constitucionalidade” no Brasil decorre de uma “baixa pré-compreensão”, que acarreta uma ‘baixa compreensão’, que, por conseguinte, redundará em uma “baixa interpretação”. Forjou-se, assim, uma espécie de “teto hermenêutico”, estabelecido exatamente a partir de uma tradição no interior da qual o direito constitucional nunca teve a devida importância. [...] A chave da crise do Direito e dessa “baixa efetividade da Constituição” talvez se deva ao fato de que o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece, depois interpreta, para só então aplicar.

Em relação ao Código Penal Brasileiro, Lopes (1999, p.167) assegura que:

A Constituição atua, concretamente como um redutor [...] e duas são as limitações impostas pela Carta Magna: as de natureza material, que impedem que da Lei Penal constem disposições contrárias aos princípios ou garantias delimitadas no texto máximo” e as limitações de natureza formal que se consubstanciam “no impedimento a edição

de normas em desacordo com as regras fixadas pela Constituição para a elaboração de Lei Penal.

O Direito Penal acaba envolvendo o dilema da privação da liberdade humana. O ordenamento jurídico penal fica mais limitado devido às exigências constitucionais. De um lado o Direito Penal define as condutas delituosas, concedendo ao Estado o *jus puniendi* quando o agente cometer um fato típico, ilícito e culpável. Por outro lado, esse direito encontra-se limitado pelas garantias fundamentais de todo ser humano, Dornelles (2008, p. 25):

O direito penal da Constituição se expressa através do Direito Penal mínimo, ou seja, através do espaço residual que se reserva para a intervenção punitiva dentro dos limites impostos pelos dispositivos constitucionais nos marcos de uma política integral de proteção dos direitos humanos.

Uma Constituição democrática como a brasileira pressupõe que uma norma só será válida se estiver em consonância com a Lei Maior. Para tanto, é necessário que haja uma antecipada compreensão da Constituição no momento de interpretar um texto legal, ao invés de este ser analisado apenas por si próprio.

4.3 O EMPREGO DA PENA

O Brasil como um Estado Democrático de Direito tem o dever de assegurar a todos os indivíduos o respeito a seus direitos humanos fundamentais. De acordo com os postulados defendidos pelo garantismo, a proteção dos direitos humanos civis e políticos faz-se, através da incorporação desses direitos a legislação interna e através de um sistema de medidas processuais eficazes, que o assegurem.

Sabe-se, porém, que esse modelo, na prática, vem sendo descumprido. O Código Penal Brasileiro, assegurou a plenitude dos postulados garantidores dos direitos fundamentais, uma vez que a incerteza estrutural dos juízos de validade jurídica; a natureza problemática do dever dos juízes de aplicar a lei; o papel crítico mais do que dogmático da ciência jurídica em relação aos textos normativos, muitas vezes acabam gerando um cenário violador das normas fundamentais.

Nessa ordenação jurídica, o Estado juiz exercita o seu *jus puniendi*, com seu poder de reprovação ao indivíduo que agiu de forma contrária ao direito, ao praticar um fato típico ilícito e culpável, Kelsen (2001, p. 226):

A conduta em conformidade com a ordem é conseguida por uma sanção proporcionada pela própria ordem. O princípio de recompensa e punição - o princípio de retribuição -, fundamental para a vida social, consiste em associar uma conduta em conformidade com a ordem e a conduta contrária à ordem com a promessa de uma vantagem ou com a ameaça de uma desvantagem, respectivamente, na condição de sanções.

A Legislação Penal Brasileira adotou em seu artigo 68, o sistema trifásico, que estabelece que a pena seja calculada observando três fases distintas e sucessivas.

Na primeira etapa, afirma Boschi (2002, p.187), que com a observância do artigo 59 do Código Penal, se obtêm a pena base. “A pena inicial fixada em concreto, dentre os limites estabelecidos *a priori* na Lei Penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes”. Nessas circunstâncias judiciais “deve ser analisada e valorada individualmente, o juiz não pode se referir a elas de forma genérica”, sob pena de nulidade, Masson (2010, p. 606):

Somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu a pena de ver fixada no mínimo legal. Em verdade, se uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve leva-las a cima do piso. E, nesse contexto, se todas ou quase todas as circunstâncias inominadas apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, nada impede a imposição de pena máxima.

Após ser fixada a pena básica, tem-se a segunda etapa em que serão observadas as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas nos artigos 61 e 65, da parte geral, do Código Penal.

Nesta Etapa, adverte Shecaira; Corrêa Júnior (2002, p. 280), que o legislador também deixou ao prudente arbítrio do julgador “estabelecer a quantidade de aumento e diminuição em cada caso concreto”. Observando-se, contudo, os limites mínimos e máximos fixados para cada tipo penal incriminador.

Na terceira etapa o magistrado verificará a existência de causas de aumento e diminuição, “que podem vir previstas tanto pela parte geral quanto pela parte especial e o seu *quantum* de redução e de aumento é sempre fornecido em frações pela lei”, Greco (2004, p. 613).

Há uma preocupação dos garantistas por que certas circunstâncias judiciais dependem da subjetividade dos magistrados, no que se referem à culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, o que poderá provocar decisões inconstitucionais ou equivocadas.

Observa Carvalho (2002, p.19), que: “é tênue o limite que separa a consideração dessas circunstâncias sob uma perspectiva constitucional, daquela que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais”.

E, ainda, deixar que certas questões sejam decididas de acordo com o entendimento do magistrado é uma temeridade. É um dos desafios enfrentados pelos tribunais brasileiros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos Humanos vêm ganhando cada vez mais relevância. O Estado Democrático na atualidade, somente se legitima se respeitados os direitos fundamentais dos cidadãos.

Como ilustrado anteriormente foi significativa, a evolução na forma no qual as pessoas eram tratadas e das penas que a elas eram impostas, desrespeitando completamente o que hoje é considerado como o mais importante direito fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

A Teoria Garantista, servindo de limite ao poder estatal, pretende garantir a efetivação dos direitos fundamentais, prescritos na Constituição. O modelo garantista pretende minimizar as injustiças cometidas em uma sociedade de tantas desigualdades, onde o Direito Penal é a arma mais poderosa do Estado, porque priva os cidadãos de sua liberdade.

Ao conceituar a teoria do garantismo penal, restou claro, especialmente diante do contexto histórico de sua origem, que a sua função é o cuidado com o poder punitivo estatal.

Sabe-se que, o *jus puniendi* é tão-somente estatal, sendo vedada a utilização da própria força na produção e condução da justiça.

A teoria do garantismo penal, orienta a forma e limites da punição estatal, tendo sempre como prevalência a liberdade do indivíduo.

O garantismo não pode ser imposto, conquanto trata-se de uma teoria, mas verifica-se que a sua aplicação, inclusive no Brasil, detém fortíssima consistência constitucional.

Como demonstrado, a Teoria Geral do Garantismo Jurídico, formulada por Ferrajoli, nasce como resposta a uma das questões centrais da Filosofia do Direito na atualidade, no que se refere ao debate acerca da imensa disparidade entre teoria e prática em sede de direitos fundamentais do homem.

Cabe ao intérprete, fazer com que a finalística garantista algumas vezes implícita na norma, venha à tona, em toda sua concretude, enunciando práticas tedencionalmente antigarantistas dos governos, que motivados por fatores econômicos, muitas vezes em desconformidade com a lógica jurídica, passam por

cima das garantias consolidadas pelas Constituições, voltada à satisfação dos interesses da sociedade.

Neste diapasão, o resgate da legitimidade do Estado de Direito, é um trabalho contínuo que deve ser feito coletivamente, por toda a sociedade. Não se limita ao plano normativo, é uma luta social cotidiana, para assegurar o cumprimento das garantias Constitucionais. Sob pena de cair na falácia normativista, em que o direito vigente é incontestavelmente tido como válido, e continuar submetidos a sistemas desiguais e manipuladores, que sustenta o Estado como única forma legítima de produção e aplicação do direito.

O importante é que o Garantismo não é a salvação de todos e serve como matriz teórica para buscar certa legitimidade das sanções estatais. A utilização do Garantismo, portanto, pode ser uma ferramenta teórica destacada em face da Constituição Federal de 1988.

Tem-se a teoria garantista de Luigi Ferrajoli como a melhor teoria que se adequa a nossa realidade. A Constituição deve ser respeitada com um mínimo de limites semânticos pelo interprete, com o escopo de se garantir aos cidadãos que os direitos fundamentais positivados serão efetivados no caso concreto.

Não havendo insegurança jurídica no tocante ao que o juiz entende por justiça ou moralmente correto. A doutrina de Ferrajoli é simplificada a esfera penal, como visto ele tem origem constitucional.

Ferrajoli, ao propor um paradigma, que mais que uma teoria pretende ser um programa de ação, fundamentado na valorização do direito substancial, o autor em questão clama pela necessidade, urgente, de transformar o modelo teórico do tão propalado Estado de direito de mera ficção em sistema efetivo de garantias para todos os cidadãos. Em outras palavras, poderíamos expor a guisa de conclusão, que o modelo proposto por Ferrajoli apresenta-se como solução possível e bastante plausível.

Constatou-se a efetivação da teoria garantista no ordenamento jurídico brasileiro, com a reforma da Lei de Execução Penal, para adequar seus dispositivos ao preconizado na Constituição Federal de 1988, paradigma este repleto de normas garantidoras e definidoras de direitos.

Por fim, a luta pela eficácia dos direitos fundamentais do homem tem dúplice dimensão, travando-se, simultaneamente, nos planos político e jurídico.

A luta política estar sujeita a ampla mobilização dos diversos setores da sociedade, no sentido de exigir que se façam valer as regras do jogo democrático, sendo um processo, sem dúvida, longo e complexo.

Quanto à tarefa jurídica, leva-se a crer que um caminho dos mais fecundos, qual seja, a perspectiva garantista, está indicado e começa a frutificar, na forma de uma teoria geral apta a fornecer, aos operadores do Direito, os instrumentos adequados para atuação no plano jurídico de todos aqueles que acreditam e aspiram pela consolidação de um verdadeiro Estado de Direito, de base humanista e democrática.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>> Acesso em: jul. 2017.

_____. **Decreto-lei no. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: jul. 2017

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo. Saraiva. 2000

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista**. 2 ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº45, v.12, 2009.

CARVALHO, Salo de. **As razões da teoria garantista**. In: _____. Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2001.

_____. Pena e Garantias. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acessado em: jun. 2017.

DEFACI, Dévoni. **As Teorias das Penas e o Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://devondefaci.jusbrasil.com.br/artigos/378600485/as-teorias-das-penas-e-o-garantismo-penal-de-luigi-ferrajoli> Acesso em: 25/07/2017.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e segurança: entre pombos e falcões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **A proibição de excessos no direito material e processual penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: Acesso em: 4 jul. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 24. ed. Petrópolis: Vozes/1987.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu: algumas correspondências entre a vida psíquica dos selvagens e a dos neuróticos**. S/ed. Porto Alegre: L&PM, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível na Internet: Acesso em: jun. 2017

KELSEN. **Critérios orientadores da pena, garantismo e realidade brasileira**. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17843/17843_5.PDF>. Acesso em: junho 2017

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012

MASSON. **Critérios orientadores da pena, garantismo e realidade brasileira**. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17843/17843_5.PDF>. Acesso em: jul. 2017

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO. **A Teoria Do Garantismo Penal**. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18331/18331_3.PDF>. Acesso em: jul. 2017.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PLATÃO. **As Leis**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Anderson Moraes de Castro e. **Do Império à República**: considerações sobre a aplicação da pena de prisão na sociedade brasileira. Revista EPOS, Rio de Janeiro, n. 1, vol. 3, janeiro-junho de 2012.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.