

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Diego Rodrigues

ANÁLISE CRÍTICA DO GARANTISMO PENAL

Porto Alegre

2018

DIEGO RODRIGUES

ANÁLISE CRÍTICA DO GARANTISMO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2018

DIEGO RODRIGUES

**ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Ciências
Penais, da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Orientador

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Membro da Banca

Prof. Dr. Marcus Vinícius

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

À minha família. Meu pai, advogado. Minha mãe, professora. Minha irmã, futura médica. Por todo carinho e incentivo desde sempre.

À minha avó Inadir, que soube sempre reconhecer o valor do estudo.

Aos meus amigos da *Venérea e Two Vampires One Club*.

Ao professor Mauro Fonseca Andrade, pela orientação e dedicação.

Lemmy.

RESUMO

A presente monografia pretende examinar, de forma abrangente, os fundamentos do Estado democrático de Direito, bem como, princípios do garantismo penal formulados por Luigi Ferrajoli. Este estudo aborda, portanto, a relevância dos fundamentos que constituem os pilares do Estado Brasileiro, sua relação com os princípios garantistas que orientam o legislador e os aplicadores da lei no Direito Penal. Apresenta, ainda, uma análise crítica da fragmentação do garantismo penal e consequente aplicação equívoca destes princípios. Busca, por fim, meios para dirimir distorções interpretativas disseminadas nas últimas décadas, a fim de restaurar a aplicação dos institutos jurídicos estudados em prol da sociedade e da boa prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Garantismo. Garantismo Penal. Direito Penal. Princípios. Princípios do Garantismo Penal. Fundamentos. Estado Democrático de Direito. Supergarantismo Penal.

ABSTRACT

This monograph intends to examine comprehensively the foundations of the democratic State of Law as well as the principles of criminal legal garantism formulated by Luigi Ferrajoli. This study therefore addresses the relevance of the foundations that constitute the pillars of the Brazilian State, its relationship with the garantism principles that guide the legislator and law enforcers in Criminal Law. It also presents a critical analysis of the fragmentation of criminal legal garantism and consequent misapplication of these principles. It seeks, finally, means to resolve interpretative distortions disseminated in the last decades, in order to restore the application of the legal institutes studied for the benefit of society and good jurisdictional performance.

Keywords: Garantism. Criminal Law. Principles. Principles of Criminal Garantism. Fundamentals. Democratic state. Supergarantism.

SUMÁRIO

1. FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	10
1.2. SOBERANIA.....	13
1.3. CIDADANIA.....	19
1.4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O VALOR SOCIAL DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA.....	22
1.5. PLURALISMO POLÍTICO.....	24

2. GARANTISMO PENAL

2.1. TEORIA GERAL DO GARANTISMO E TEORIA POSITIVISTA CRÍTICA.....	27
2.2. O GARANTISMO COMO FILOSOFIA POLÍTICA.....	31

3. PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL

3.1. PRINCÍPIO DA RETRIBUTIVIDADE.....	35
3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	38
3.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	41
3.4. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE PENAL.....	44
3.5. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	45
3.6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	49
3.7. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	54

4. DISTORÇÕES QUANDO DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL E A FALÁCIA GARANTISTA.....

4.1. O SUPERGARANTISMO PENAL QUANDO DA PERSECUÇÃO PENAL EM DESFAVOR DE RÉUS COM AMPLOS RECURSOS.....	59
4.2. NEGLIGÊNCIA COM RELAÇÃO AOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO...	61
4.3.. A INTERVENÇÃO ESTATAL MÍNIMA EM CONTRAPARTIDA À SENSACÃO DE IMPUNIDADE E INSEGURANÇA.....	62

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....

REFERÊNCIAS	67
-------------------	----

INTRODUÇÃO

O Direito Penal como hoje o conhecemos, dotado de princípios que garantem a legalidade, o respeito à dignidade humana e que orientam a aplicação e interpretação das normas penais, é fruto de longo processo histórico, conduzido por filósofos e juristas orientados pelos rigorosos princípios da justiça. Quando concebido no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal atua como instrumento limitado de controle social, legitimado pelo consenso da sociedade e pelos fundamentos deste mesmo Estado Democrático. O Brasil, sem dúvidas, possui um regime democrático fundado com a Constituição Federal de 1988, a qual contempla em seu cerne os princípios de respeito incondicional às liberdades individuais de seus cidadãos e à legalidade; esses, por sua vez, orientam o Direito penal, colocando-o a serviço da sociedade, especialmente na proteção de bens jurídicos fundamentais.

A Constituição Federal brasileira, indubitavelmente, possui caráter extremamente Garantista no que diz respeito a concessão de direitos aos seus cidadãos. O perfil do texto constitucional, voltado à proteção dos direitos individuais, se deve em muito ao contexto histórico do período de redemocratização, bem como aos traumas do período ditatorial recente. Este perfil, contudo, devido ao contexto histórico atual, revela-se atualmente inadequado no propósito de atender algumas das novas demandas da sociedade, principalmente com relação ao Direito Penal, pois a interpretação equivocada e de certa forma abusiva de princípios e garantias acarreta entrave no deslinde do processo penal. Ademais, há normas cuja abrangência viabiliza proteção exacerbada e até mesmo a ocorrência de impunidades no contexto penal, o que certamente refoge à intenção do legislador de 1988.

Idealizador do Garantismo Penal como doutrina, o italiano Luigi Ferrajoli, estabeleceu com a obra *Direito e Razão* os fundamentos da doutrina que é objeto de

estudo da presente monografia e que se caracteriza por amparar um sistema de vínculos impostos ao poder estatal a fim garantir os direitos dos cidadãos.

A presente dissertação de conclusão de curso se propõe, portanto, ao estudo das principais características, particularidades, fundamentos e princípios do Garantismo penal, bem como os vícios aos quais sua aplicação está sujeita no Direito Penal brasileiro.

Dedica-se primeiramente às razões da formação do Estado e do Estado Democrático de Direito, seus fundamentos e características básicas. Aos fundamentos do Estado brasileiro, previstos no art. 1º da Constituição Federal, tal como seus desenvolvimentos históricos, formulações, relevância na concepção do Estado Democrático de Direito moderno e importância no implemento da doutrina Garantista formulada pelo autor supracitado.

Posteriormente, concentra-se na exposição dos aspectos gerais do Garantismo Penal e acepções gerais que formam seus alicerces. Ulteriormente apresenta alguns dos mais relevantes princípios do Garantismo Penal, conceitos, formulações, e aplicação no âmbito do Direito Penal.

Por fim, são analisadas as distorções e fragmentações dos princípios do Garantismo Penal e do próprio Garantismo Penal. O que viria a ser uma espécie de *supergarantismo penal*, e os malefícios causados pelo excesso de garantias processuais que atravancam a celeridade processual, que resultam na danosa sensação de impunidade que permeia a sociedade civil brasileira. Explora os benefícios com os quais certas classes sociais são agraciadas, bem como os meios de que dispõem de determinados princípios garantistas a fim de praticar crimes impunemente.

Finalmente, o presente trabalho presta-se à análise da mitigação dos dispositivos legais em face da utilização de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados, utilizados com o fito de dar vida à ideologia garantista – a qual, em que pese tenha razão de ser em função do contexto histórico no qual se originou,

deve ter sua aplicação sopesada no contexto atual, no qual o Estado não só é garantidor das liberdades individuais como também implementa políticas públicas para o atingimento da igualdade material, de forma que a desigualdade social não mais pode ser o fundamento absoluto sobre o qual o Garantismo Penal se sustenta.

1. FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As sociedades humanas organizam-se e deram origem as mais variadas forma de Estado com um propósito claro, qual seja, atender as necessidades inerentes à condição humana e da sociedade. Entretanto, ainda que a vida em sociedade seja consideravelmente benéfica aos indivíduos que a compõe, a formação de um Estado que regula as atividades dos indivíduos inseridos em determinado grupo social traz, por vezes, constantes limitações das liberdades individuais, o que suscita infindáveis e profundos questionamentos com relação as contradições da vida em sociedade.¹

Há outra forma melhor para plena realização do ser humano se não viver em uma sociedade organizada na qual liberdades individuais são ininterruptamente limitadas em benefício do grupo como um todo? É natural ao ser humano que abdique do gozo da plena liberdade em razão do bem comum da sociedade e, conseqüentemente, dele próprio? Aristóteles, já no séc. IV a.C., definiu o ser humano como um animal social.² Estudiosos e filósofos que versaram sobre a condição humana e sociologia corroboraram a posição supracitada formulada por Aristóteles de que o homem organiza-se em sociedade em razão de uma característica de ordem natural, como quando do advento dos estudos sociológicos no início do séc. XVII, e as passagens por períodos de efervescência intelectual como o Iluminismo, Revolução Francesa e Revolução Industrial.³

Aristóteles é precursor quando descreve na obra *Política* o conceito do *zoon politikón*, o homem como ser social, dotado de uma capacidade natural para agregar-se, e mais do que isso, viver em sociedade e organizar-se politicamente.⁴

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 61

2 Idem, p. 62

3 BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 73

4 ARISTÓTELES. A Política. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17

Cícero, expoente filósofo Romano, influenciado pelo pensamento de Aristóteles refere que o ser humano não é afeito ao isolamento, ainda que disponha recursos abundantes para viver sozinho. Conclui, portanto, que o homem não vive em sociedade apenas para usufruir de recursos naturais e satisfazer necessidades materiais, mas sim porque há uma inclinação natural para vida em grupo.⁵ São Tomás e Aquino, por sua vez, reforça o ponto de vista da predisposição humana a viver em conjunto, bem como reforça o caráter vil do indivíduo que vive em isolamento.⁶ Em linhas gerais, como bem conceituado por Ranelletti, a sociedade é uma simples consequência do instinto agregatório inerente à raça humana.⁷

Em oposição aos autores que sustentavam a teoria do fundamento natural das sociedades assomaram-se os autores denominados *contratualistas*. O ponto de convergência que une os adeptos do contratualismo é a negação do instinto natural agregatório humano que os leva a viver em sociedade. Há inúmeros autores e diversas correntes de pensamento que se dedicam a explorar as causas pelas quais o homem organiza-se em sociedade, entretanto, todos consentem com a negativa da justificação natural do impulso associativo humano.⁸

De acordo com a teoria contratualista, o Estado é constituído pela vontade dos indivíduos, razão pela qual o Estado é dotado de soberania, e esta, por sua vez, emana do povo. Embora os primeiros estudos sobre a dinâmica do funcionamento do Estado *moderno* tenham sido realizados por Maquiavel, no início do séc. XVI, foi com os autores Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau e John Locke que o tema foi aprofundado e deu origem a diferentes vertentes de pensamento.⁹

Hobbes, com a obra *Leviatã*, foi o primeiro a estruturar o contratualismo de forma doutrinária. Segundo ele, o Estado é criado através de um contrato social

5 ARISTÓTELES. A Política. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62

7 Oreste Ranelletti, Istituzioni di Diritto Pubblico. 13ª ed., p. 28

8 BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 74

9 Stenio da Paixão Ribeiro, Josuel Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau Prisma Jurídico, vol. 16, núm. 1, São Paulo 2017, p.5

celebrado com o intuito de proteger os indivíduos do estado de natureza e de uma situação de guerra de todos contra todos. O Estado então, legitimado por este contrato social, soberano, detém o monopólio da força, dos mecanismos de repressão, a fim de assegurar a paz, a unidade da sociedade e a integridade dos que a compõe.¹⁰

Já Locke entende que todo e qualquer indivíduo tem direito possui pleno direito à vida, à liberdade e à propriedade. De acordo com o autor, a sociedade civil nasce da busca dos homens pela supremacia da racionalidade. Para ele é no próprio estado de natureza que se encontra a existência de liberdade e igualdade total entre os homens, pois é atribuída a todos os indivíduos, igualmente, a capacidade de autodeterminação.¹¹ Entretanto, para evitar possíveis injustiças oriundas de conflitos que subjuguem os mais fracos sob a vontade dos mais fortes, faz-se necessária a criação da sociedade política, estabelecida através de um contrato social, na qual o governante é legítimo em razão da concordância do povo, a fim de garantir os direitos à vida, à liberdade e à propriedade.¹²

Rousseau difere de Hobbes no que se refere a condição humana no estado de natureza. Crê que o homem em seu estado natural é vil e que os indivíduos organizam-se e estabelecem o contrato social por consequência da necessidade de colaboração entre eles para repelir as forças da natureza.¹³ Este Contrato Social, limita a liberdade natural do indivíduo, mas lhe garante a liberdade civil, e para Rousseau é isto que confere legitimidade ao contrato. A legitimidade do Estado emana da participação efetiva do povo e deve estar vinculada não só ao momento de sua criação, bem como ao longo de toda sua existência.¹⁴ É esse preceito que confere legitimidade ao povo para questionar um governo que não lhe represente, o

10 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006, p. 56-68

11 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil*. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

12 Stenio da Paixão Ribeiro, Josuel Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau *Prisma Jurídico*, vol. 16, núm. 1, São Paulo 2017, p.5

13 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo : Editora Martin Claret, 2003. p. 12

14 Idem. p. 15

que viria mais tarde a ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Ainda que Rousseau tenha feito ressalvas quanto a aplicabilidade dos governos democráticos, verifica-se que diversos questionamentos formulados pelo filósofo moldaram a base de fundamentos essenciais da democracia: a representatividade popular, que confere legitimidade à soberania do Estado, a cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana, valor este celebrado durante o Iluminismo. Influenciados pelas ideias de Rousseau, considerado o Patrono da Revolução Francesa, os constituintes da revolução de 1789 alicerçaram os princípios da democracia liberal, a fim de impedir o retorno do absolutismo e formas de governo semelhantes. Pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que o filósofo formulou princípios e fundamentos inerentes a todo e qualquer Estado que venha a ser classificado como Estado Democrático de Direito.¹⁵

Da luta contra a tirania do Estado Absolutista e da afirmação dos direitos naturais inerentes a todos os homens, nascem os princípios do Estado Democrático de Direito. Assim, com o advento da Revolução Francesa e da Revolução Inglesa, entende-se que passa a ser dever do Estado a proteção dos direitos naturais do homem, quais sejam, a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência às opressões, e o direito de autodeterminação. Como garantia da preservação destes, deve haver no Estado Democrático de Direito meios pelos quais os cidadãos sejam representados direta ou indiretamente a fim de que a vontade geral seja satisfeita, bem como garantida a própria representatividade.¹⁶

1.2. SOBERANIA

A Constituição Federal brasileira de 1988, logo em seu Art.1º¹⁷ elenca os

15 BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 75

16 Idem. p. 76

17 Art.1ºA República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em 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. Parágrafo único.Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html

fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo o primeiro a soberania. A soberania, primeiro fundamento constante no referido artigo da CF, foi estudada a fundo pela primeira vez pelo filósofo Jean Bodin, no séc. XVI. Soberania é o poder uno, indivisível, absoluto e perene de um Estado. Entende-se a soberania absoluta de um Estado como um poder que não é limitado nem em poder, nem em cargo, nem em tempo. Para Bodin não há limites ao poder da soberania, nenhuma lei humana formulada por qualquer governante tem o poder de subjugar o poder soberano, entretanto, esse deve curvar-se às leis naturais divinas. O autor elucida ainda que o governante que exerce o poder soberano por determinado período de tempo é mero depositário da soberania e detentor temporário do poder.¹⁸ Outra característica da soberania é inalienabilidade, pois ao detentor do poder soberano é impossível conceder poder a outro sem que lhe seja resguardado poder maior do que ao indivíduo que foi agraciado com a concessão do poder.¹⁹

A soberania pode ser analisada sob a perspectiva da soberania interna e da soberania externa. A soberania interna é o poder absoluto do Estado sob seus súditos, territórios e todas as instituições subalternas. Fixa a noção de ordenamento exercido em razão do poder soberano. Já a soberania externa é a expressão do poder de um Estado frente aos outros.²⁰

A soberania também foi objeto de estudo de Rousseau em sua obra *O Contrato Social*. O filósofo, ao contrário de Bodin, que refere como titular do poder soberano a figura do governante, outorga a titularidade da soberania para o povo. Igualmente caracteriza a soberania como sendo inalienável, pois fruto da vontade geral, e indivisível, pois a vontade só é geral se a participação for majoritária por parte de seus representantes.²¹ Rousseau também delimita o poder soberano, descreve a soberania como sendo o poder soberano oriundo do poder político

18 BODIN, Jean. Os Seis Livros da República: livro primeiro. São Paulo: Ícone, 2011. p. 49

19 BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 106

20 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63

21 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo – SP: Editora Martin Claret, 2003. p. 22-23

originário do pacto social, dirigido pela vontade geral e detentor de poder absoluto sobre todos os membros da sociedade. O poder soberano absoluto, porém, não deve romper as fronteiras das convenções gerais, sobrecarregar ou demandar de forma desigual os súditos.²²

Sob os estudos dos filósofos franceses, o conceito de soberania se desenvolve durante o séc. XVIII e XIX e transforma-se, por conveniência das grandes potências europeias, em expressão de poder político, pois assim imune ao controle jurídico. Contudo, com o surgimento das teorias da personalidade jurídica do Estado, a soberania torna-se objeto de estudo do Direito público, período em que são desenvolvidas as teorias jurídicas que versam sobre a soberania.²³

Atualmente entende-se o conceito de soberania basicamente de duas maneiras distintas. Há autores que definem a soberania como sendo um poder do Estado, já outros atribuem a soberania status de qualidade do poder do Estado.²⁴ Embora existam diversos entendimentos com relação a natureza e qualificações da soberania, uma característica é constante em todas as teses formuladas sobre o assunto em questão: a percepção de soberania está sempre intimamente ligada com o conceito de poder, uma vez que da soberania extrai-se a ideia de poder unificador absoluto do Estado. Ainda, podemos maneiras diferentes de compreender o conceito de soberania em razão da concepção política e da concepção jurídica. Em termos políticos, a expressão da soberania se dá quando da total eficácia do poder do Estado.²⁵ No âmbito político não há preocupação quanto a legitimidade ou juridicidade, contanto que o poder soberano seja absoluto e detenha os meios necessários para que se faça cumprir suas determinações.²⁶ O ponto negativo deste entendimento do que é a soberania é que só os Estados dotados de poderosas

22 BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 106

23 Ibidem, p. 107

24 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial; 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 122

25 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. – Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 67

26 BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.107

forças coercivas são capazes de exercê-la de fato, tanto dentro de seus territórios, como em territórios estrangeiros.

A concepção jurídica define, por óbvio, a soberania como sendo pleno poder jurídico para decidir a respeito de questões jurídicas. Considerando que todas as ações de Estado podem ser enquadradas juridicamente, entende-se que o poder soberano é aquele que decide quais regras do direito serão usadas caso a caso. A grande vantagem da concepção jurídica de soberania, frente a concepção política da soberania, se dá quando um Estado comete um ato antijurídico e os demais Estados são capazes de reconhecer facilmente que determinado ato fere a noção geral de Direito.²⁷

A titularidade do direito de soberania, por sua vez, é também objeto de análise dos teóricos políticos precursores e cerca-se de dúvidas e indagações, uma vez que desde a gênese histórica do conceito de soberania a distinção entre o Estado e os governantes nunca foi muito clara. Confundia-se o detentor do poder soberano com o próprio conceito de poder soberano.²⁸ Há, portanto, debates históricos quanto a legitimação do poder soberano na figura de um governante, e em razão disso duas doutrinas surgiram para explicar este dilema e o surgimento histórico do poder soberano: a doutrina teocrática e a doutrina democrática. Embora haja um ponto de convergência entre ambas, qual seja, as duas consideram a fonte divina do poder soberano, existem relevantes divergências entre uma e outra.

As doutrinas teocráticas conferem diversas gradações de poder divino aos governantes. Há doutrinas que consideram governantes como deuses vivos caminhando sob a Terra, como acontecia com os Faraós do Egito, e outras que consideram os governantes representantes diretos dos Deuses, como no Império Romano, em diversos impérios orientais antigos e na França absolutista. Das variações mais amenas das doutrinas teocráticas, há de se destacar a doutrina da

27 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. – Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 87

28 Ibidem, p. 88

Investidura Divina, na qual a condição humana falha do governante não é desconsiderada totalmente. Possuem direitos e poderes advindos de Deus e exercem a vontade divina, portanto, não há homem. O povo lhes deve obediência irrestrita, em razão da origem divina do poder que é concedido à majestade. Essa doutrina não apenas confere ao poder estatal vigente a ideia de um Estado instituído pelo próprio Deus, como confere ao governante o status de escolhido por Deus, detentor da vontade divina. Outra variedade da doutrina teocrática é a doutrina da investidura providencial, a qual confere origem divina ao poder, entretanto, só é legítimo quando observado o bem comum, e diferentemente da doutrina teocrática anterior, há possibilidade de participação dos súditos nas decisões do soberano. A vontade divina atua como guia providencial da boa governança.²⁹

As doutrinas democráticas podem ser divididas em dois subtítulos: a doutrina da soberania popular e a doutrina da soberania nacional. A doutrina da soberania popular é a de maior apelo democrático, embora não necessariamente se faça presente apenas em formas republicanas de governo, podendo inclusive justificar modelos monárquicos de governo instituídos por meio de contrato social derivado da vontade popular. Rousseau classifica a soberania popular como “uma das distintas frações de soberania, que pertencem como atributo a cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado, participa ativamente na escolha dos governantes”³⁰. Essa doutrina é o marco de fundação do processo democrático, a qual versa sobre a igualdade política de todos os cidadãos, o sufrágio universal, e considera cada indivíduo detentor de igual parcela do poder soberano³¹. A doutrina da soberania veio a converter-se na espinha dorsal do sistema democrático.³²

29 Ibidem, p. 168

30 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo – SP: Editora Martin Claret, 2003. p.38

31 Ibidem, p. 61

32 BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.166

A doutrina da soberania nacional, segunda variedade das doutrinas democráticas, teve destaque quando da Assembleia constituinte da Revolução Francesa, com fundamento na doutrina democrática da soberania que inspirou a Revolução. Surge assim o conceito de nação. Um ente que, juntamente com o povo, é o único depositário da autoridade soberana, detentor de vontade própria e superior às vontades individuais daqueles que o compõe. A Nação é quem detém a soberania, que é exercida através de seus representantes escolhidos pelos cidadãos. Nota-se que a principal diferença entre soberania nacional e soberania popular se dá sobretudo quantos aos efeitos da faculdade de participação do eleitorado, que aqui (soberania nacional) se limita, circunscrito àqueles que a nação investir na escolha dos governantes, e ali (soberania popular), se universaliza a todos os cidadãos com o direito que lhes cabe por ser cada indivíduo portador ou titular de uma parcela da soberania.³³

Ainda, segundo compreensão de Rousseau sobre a formação da sociedade e o conceito de soberania, os homens, no momento da fundação de uma sociedade política, cedem ao Estado recém criado, mediante pactuação via Contrato Social, autoridade e parte de seus direitos naturais, criando assim uma organização política regida pela vontade geral. Embora a soberania exerça poder absoluto sobre as instituições e membros da sociedade política, há limites ao seu exercício, tais como - os princípios de direito natural: o exercício da soberania deve respeitar as leis perenes da natureza, o Estado como forma de organização do Direito só é legítima enquanto não se afastar das leis naturais. - o direito grupal: soberania limitada em razão do respeito aos grupos que compõem a sociedade, a fim de respeitar o bem comum, as características e a individualidade de cada um destes grupos. - imperativos de coexistência pacífica dos povos em âmbito internacional: os Estados soberanos não devem invadir o campo de ação da soberania de outros Estados. Todos os Estados tem direito de exercer livremente sua soberania interna em seu território a fim de assegurar a validade do seu ordenamento jurídico.³⁴

33 JESUS, Damásio E. de. Direito penal, volume 1: parte geral. 28 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92

34 Ibidem, p. 93

1.3. CIDADANIA

A cidadania é fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro e instituto presente em todos os ordenamentos jurídicos estatais. Caracteriza-se cidadania como sendo o vínculo que liga o indivíduo ao Estado, atribuindo-lhe direitos e deveres de natureza política.³⁵ O conceito de cidadão implica estar relacionado a uma série de direitos e deveres de caráter público, o status de *ser cidadão* define a capacidade pública do indivíduo.³⁶ Ao contrário dos direitos naturais do indivíduo, que precedem a criação da sociedade, o indivíduo apenas se torna cidadão quando da criação do Estado, pois os direitos de cidadania dependem da relação jurídica estabelecida entre o Estado e os indivíduos que compõem a sociedade.³⁷

Nas democracias modernas é extremamente importante que a cidadania seja exercida pelos membros da sociedade de forma plena, pois a participação popular constitui fundamento das democracias voltadas para a satisfação do bem comum, bem como a busca da promoção da liberdade e igual, preponderância da vontade popular e proteção a grupos minoritários.³⁸

O termo cidadão foi usado de forma genérica durante muitos séculos, seu significado variava de acordo com a época, local e contexto. Foi a partir da Revolução Francesa que a palavra cidadão e cidadania e suas acepções tomaram contornos de igualdade, não havendo distinções entre cidadãos de diferentes classes sociais e etnias. Todo eram cidadãos. A única distinção que se fazia era a distinção entre os cidadãos que faziam uso de seus políticos, os cidadãos ativos, e os demais, cidadãos apenas.³⁹

35 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Cidadania é Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. n.2. São Paulo, 2014, p. 12

36 DAL RI, Luciene . A construção da cidadania no Brasil: entre Império e primeira República. Espaço Jurídico, São Paulo: Ícone, 2010. . p. 76

37 DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2 ed. Rev., atual. E aum. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2005.

38 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Cidadania é Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. n.2. São Paulo, 2014, p.2

39 DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2 ed. Rev., atual. E aum. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 355

Na Constituição Federal, está referida que a competência para legislar com relação a nacionalidade e cidadania é exclusiva da União, e no art. 52 do mesmo documento consta a proibição feita ao Congresso Nacional para legislar sobre estes temas, bem como questões relativas aos direitos políticos e eleitorais. Da cidadania derivam os direitos de votar e ser votado. Sua maior expressão é o sufrágio universal exercido através do voto, no caso da república Brasileira, regulamentado pelo art. 14 da Constituição Federal. Ainda que somente a União possa legislar sobre a questão da cidadania, contudo, não há lei específica para o assunto.⁴⁰

Para todos os efeitos, o conceito de cidadania está sempre vinculado a uma relação jurídica, pois trata-se de uma ligação estabelecida entre pessoas e um Estado. Conforme um entendimento mais amplo, para que uma pessoa seja cidadã basta que exista ligação jurídica com qualquer Estado, já em uma concepção mais restrita, para que se caracterize a cidadania, é necessário que o indivíduo esteja usufruindo plenamente de seus direitos políticos.⁴¹

A cidadania normalmente é determinada através de três sistemas: *jus sanguinis*, *jus soli*, e um sistema misto que admite ambos os vínculos. O critério *jus sanguinis*, ou direito de sangue, determina que o princípio para reconhecer a cidadania de um indivíduo deve ser a ascendência, já o *jus soli*, direito do solo, afere que a cidadania é determinada de acordo com o local de nascimento do indivíduo. Já o sistema misto caracteriza-se por adotar tanto o sistema *jus sanguini* quanto *jus soli*, dependendo das circunstâncias factuais. O Brasil adota prioritariamente o critério do *jus soli*, contudo há situações em que a cidadania é aferida em razão do critério *ju sanguini*, como por exemplo, descendente de cidadão brasileiro que esteja em serviço da República do Brasil.

Como referido anteriormente, é o Estado que define quem são os

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ DAL RI, Luciene . A construção da cidadania no Brasil: entre Império e primeira República. Espaço Jurídico, São Paulo: Ícone, 2010.

indivíduos aptos a receber o status de cidadão, bem como é livre para impor as condições para tal, sendo assim possível que direitos venham a ser restringidos de forma contumaz por governos de viés autoritário, como de fato em diversos países ao redor do globo.⁴²

Em razão da possibilidade de restrição de direitos do cidadão, pois regulados pelo Estado conforme lhe convier, entende-se que em esfera superior aos direitos relativos à cidadania estão os direitos naturais da pessoa humana, e estes de forma alguma estão sujeitos a regulação estatal.⁴³ Ao contrário do que acontece com a atribuição de cidadão aos membros de uma sociedade, com relação aos direitos naturais do ser humano, suas características e direitos independem de relação jurídica ou reconhecimento do Estado. O único dever do Estado neste aspecto é assegurar a proteção de tais direitos, não é o detentor de meios para promovê-los.⁴⁴ Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), colocam-se, sem dúvida, os direitos naturais do homem acima de qualquer instituição estatal, o documento tem a intenção de promover a liberdade e igualdade de todos os homens de todos os lugares, inclusive aqueles que não detêm direitos políticos e não possuem o status de cidadão por serem apátridas. Desde a declaração de 1948 os defensores dos direitos veem desenvolvendo meios para promover os direitos humanos de forma mais ampla, a fim de que os homens possam viver com dignidade independentemente das relações jurídicas estabelecidas com os Estados, sobrepujando os benefícios da cidadania além da regulação e do reconhecimento estatal.⁴⁵

O ordenamento jurídico brasileiro em seu texto constitucional confere à cidadania qualidade de fundamento do Estado Democrático de Direito, amplia seu alcance às esferas política e eleitoral, bem como promove sua dilatação, abarcando

42 RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Cidadania é Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. n.2. São Paulo, 2014

43 CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 123

44 CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 108

45 Ibidem.

diversos direitos e interesses da pessoa humana. A cidadania, à luz da Constituição Federal, tem, portanto, a função de proteger e garantir demais direitos, bem como garantir seu pleno exercício.

1.4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O VALOR SOCIAL DO TRABALHO DA LIVRE INICIATIVA

Com o intuito de garantir o respeito aos direitos fundamentais da população a constituição traz em seu rol taxativo de fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Na prática, a garantia do direito a dignidade da pessoa humana demanda do Estado uma gama de políticas públicas que visem erradicar a pobreza, desigualdades sociais e fiscalizar possíveis violações aos direitos fundamentais em que haja degradação da condição humana.⁴⁶

A dignidade da pessoa humana restou presente pela primeira vez em um texto constitucional na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que em seu art. 1º refere: a dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais. As terríveis violações dos direitos fundamentais durante o regime fascista motivaram a importância que o texto constitucional Alemão prestou a este fundamento. Não diferentemente, a Constituição Federal de 1988, em razão do trauma sofrido pelos abusos cometidos pelo governo do regime militar, também incluiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado.⁴⁷

A fim de compreender este fundamento é necessário o significado em termos jurídicos da *dignidade* e da *pessoa*. A pessoa, a luz da filosofia Kantiana, é, em suma, refere-se exclusivamente ao ser humano, um ser racional, espiritual, que tem consciência de si próprio, portador de todos os direitos inerentes a sua condição

46 NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Dos pressupostos processuais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 46

47 KRAMER, Íris. Considerações Sobre o Estado Democrático de Direito e os Fundamentos da República Federativa do Brasil. Revista Jurídica, 2003 [acessado em 14 de Novembro de 2018]. Disponível em URL: <http://www.minerva.uevora.pt/internet-segura/> p. 23

humana. Já a dignidade é um valor que não é relativo, está acima de todos os preços, é, portanto, um valor interno insubstituível.⁴⁸ Está associada também à ideia de autonomia, pois princípio da dignidade da natureza humana. Concatenados os conceitos, entende-se a dignidade como um atributo intrínseco da condição humana, que confunde-se com o próprio conceito de humanidade.⁴⁹ Não basta, entretanto, que a dignidade seja reconhecida como fundamento constitucional, é preciso que existam condições mínimas para sua satisfação. Não é aceitável a inércia do Estado Democrático de Direito frente a fome, a miséria e a incultura, pois a liberdade humana resta debilitada quando o indivíduo se encontra em condição de penúria.⁵⁰

Bem como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a liberdade de iniciativa são pilares da organização econômica e social de um país. A justiça social proposta pela Constituição nacional é satisfeita na medida em que a liberdade de iniciativa, e, por consequência, a dignidade dos indivíduos for garantida e respeitada.

A dignidade da pessoa humana precede qualquer texto constitucional ou ordenamento jurídico, as constituições modernas apenas a reconheceram como fundamento e a alçaram ao status de valor máximo do Estado Democrático de Direito. No caso do texto Constitucional Brasileiro, entende-se que a dignidade humana não é apenas princípio constitucional, e sim um fundamento, portanto, um valor supremo, e em razão disso, não só serve como princípio de ordem jurídica, mas como princípio de ordem jurídica, política, social, econômica e cultural. Como escopo da efetivação deste fundamento, o Estado precisa ratificar a necessidade de satisfação dos direitos sociais.⁵¹

A Constituição Brasileira refere tais direitos em seu art. 6º: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, proteção à maternidade, à infância, e a

48 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 237

49 LAFER, Celso. Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p.38

50 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: ed. RT, 2005.

51 DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2 ed. Rev., atual. E aum. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2005

assistência aos desfavorecidos.⁵² A fim de garantir o implemente dos direitos supracitados, o Estado pode fazer uso da via legislativa, via administrativa, ou elaboração de programas governamentais. Entretanto, em razão da condição financeira nacional, bem como as dificuldades administrativas, tais como, a falta de interesse e aptidão dos agentes públicos, e a corrupção, a plena efetivação das intenções dos constituintes presentes na Lei Maior resta frustrada.⁵³ Nascimento Contudo, os percalços impostos pela realidade não eximem o Estado da responsabilidade de concentrar os esforços necessários para combater a exclusão social e de grupos minoritários.

A democracia é o único regime conhecido capaz de implementar todos os direitos que constituem fundamento da dignidade humana, calcada na liberdade dos indivíduos e nos valores imensuráveis intrínsecos a todos os homens.⁵⁴ É dever, portanto, a promoção deste fundamento por qualquer Estado que se declare como Democrático de Direito.

1.5. PLURALISMO POLÍTICO

Em aspectos gerais, entende-se o pluralismo como o direito à diferença, tido como um direito fundamental inerente ao fundamento da dignidade humana.⁵⁵ A Constituição Federal traz em seu texto diversas menções ao pluralismo político e jurídico, a fim de garantir o respeito às liberdades individuais, segurança, justiça, igualdade e bem-estar social, e, assim, repelir segregações de qualquer natureza.⁵⁶

Com relação ao pluralismo político, pode-se conceituar uma sociedade politicamente plural como aquela em que se admite a existência de vários grupos

52 BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 341

53 Ibidem. p. 342

54 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007b.

55 FERREIRA PINTO JÚNIOR, Nilo. O Princípio do Pluralismo Político e a Constituição Federal. p. 38 Disponível em: <http://capa.tre-rs.jus.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF>, Acessado em: 2 de novembro de 2018

56 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 345

políticos de poder, na qual é possível conjugar interesses conflitantes sem que haja o monopólio das decisões políticas e administrativas.⁵⁷

A autora Maria Helena Diniz conceitua o pluralismo como sendo teoria pela qual os seres componentes do mundo são múltiplos, individuais e independentes.⁵⁸ Em realidade, o principal objetivo de uma sociedade politicamente plural, na qual o ordenamento jurídico possua o pluralismo político como fundamento, é mitigar a centralização do poder e a tomada unilateral de decisões do Estado, bem como dilatar o espaço para debate de ideologias opostas, a fim de promover a inclusão social de grupos minoritários e garantir a satisfação de seus direitos.⁵⁹

A multiplicidade de discursos, interesses e objetivos que se manifestam sob a égide do pluralismo político tendem a engendrar a realização material do fundamento da dignidade humana, dos princípios a igualdade e do bem-estar social.⁶⁰

Quanto a organização político-partidário e sua interação com o princípio do pluralismo político, este gera efeitos no âmbito do Direito Eleitoral e nos sistemas partidários, atribuindo aos partidos políticos o dever de mediação entre a vontade popular e as instituições Estatais. Na medida em que é conferido ao pluralismo político o status de fundamento do Estado Democrático de Direito, os direitos políticos adquirem igualmente a qualidade de garantia fundamental, qualidade essa que se estende naturalmente aos partidos políticos.⁶¹ Em virtude

57 DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2 ed. Rev., atual. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2005, p.102

58 Segundo Diniz: "A teoria pela qual os seres componentes do mundo são múltiplos, individuais e independentes. Logo, não podem ser considerados como fenômenos de uma única realidade. Em ciência política é a teoria que propõe como modelo a sociedade composta por vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais se confere a função de controlar o poder dominante, identificado com o Estado." DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2 ed. Rev., atual. E aum. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2005, p.76

59 Ibidem. 78

60 CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 152

61 FERREIRA PINTO JÚNIOR, Nilo. O Princípio do Pluralismo Político e a Constituição Federal. Disponível em: <http://capa.tre-rs.jus.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF>, Acessado em: 2 de novembro de 2018 p. 42

disso, os partidos brasileiros são outorgados de plena autonomia em termos de organização, estrutura interna e funcionamento, a fim de promover a liberdade ideológica e partidária sem a intervenção estatal. Contudo, ainda que diminutos, existem limitações impostas pelo Estado, como a cláusula de barreira, que restringe a criação incondicional de novos partidos e agremiações, a fim de evitar a proliferação de partidos sem nenhuma ou pouca representatividade.⁶²

O desenvolvimento da sociedade, bem como o implemento da complexidade das relações sociais fomentou a expansão da pluralidade de ideias e, por consequência, o pluralismo político, em razão da vasta gama de ideologias presentes no contexto político. Em conclusão, o pluralismo político orienta-se no sentido de fragmentar o poder, resguardando os outros fundamentos do Estado Democrático de Direito de possíveis investidas de regimes de caráter autoritário e centralizador do poder. Ainda, chancela o respeito e diversidade de ideias, age como barreira de ideologias políticas discriminatórias hostis às diferentes etnias, religiões, orientações sexuais e culturas.⁶³

O pluralismo político e seus efeitos são de suma importância em um país como o Brasil, pois trata-se de uma nação essencialmente plural e repleta de diversidade em todos os aspectos. Consciente da heterogeneidade da sociedade brasileira, os constituintes conferiram atenção especial à garantia da pluralidade política e civil. Por fim, a pluralidade política serve de amparo a todas as verdadeiras democracias contemporâneas, preservando o respeito aos diversos grupos que compõem a sociedade civil, bem como aos representantes políticos que dedicam-se a garantir as tutelas conferidas a toda coletividade.⁶⁴

62 Ibidem.

63 Ibidem. p. 42

64 CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.127.

2. GARANTISMO PENAL

2.1. TEORIA GERAL DO GARANTISMO PENAL E TEORIA POSITIVISTA CRÍTICA

Segundo Luigi Ferrajoli, responsável pela do Garantismo Penal, e autor da obra *Direito e Razão*, o termo *garantismo* compreende três acepções: a primeira é o modelo normativo do Direito e do Estado de Direito, o qual enseja a análise de um sistema constitucional, a fim de averiguar a existência de antinomias entre as normas inferiores e os princípios constitucionais, tal como incongruências entre as práticas institucionais e as normas legais. Assim, portanto, resta possível depreender o grau de efetividade da norma constitucional do sistema jurídico em questão.⁶⁵ Conforme Ferrajoli:

“Segundo um primeiro significado, “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 a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão.”⁶⁶

A segunda acepção, por sua vez, refere uma “teoria jurídica da validade, da efetividade, e da vigência normativas”, todas compreendidas como diferentes entre si.⁶⁷

65 CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 71

66 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 684

67 De acordo com Ferrajoli: “Em um segundo significado, “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 (tendentemente 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.” FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 684

Ainda, por fim, teoriza a respeito da filosofia política, a qual demanda justificação externa por parte do Direito e do Estado:

Segundo um terceiro significado, por fim, 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. E 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.⁶⁸

Em sua obra Ferrajoli discorre sobre a segunda acepção, a qual designa a teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas. Primeiramente, “a noção de validade corresponde a uma noção simplificada oriunda da tradição positivista que a identifica com sua existência jurídica, ou seja, como produto de procedimento previsto em norma superior”.⁶⁹

Contudo há de se levar em conta que o Estado Democrático de Direito agregou inúmeros princípios aos seus fundamentos, os quais resultam em valores éticos e de justiça constituídos no âmbito do próprio Estado Democrático de Direito, agindo, assim, como critérios de legitimidade ou ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, mas agora internos ou positivistas.⁷⁰ Dentre os valores incorporados aos princípios do Estado Democrático do Direito, pode citar a dignidade da pessoa humana, a igualdade, os direitos civis, os direitos políticos, as garantias constitucionais e as garantias processuais, todos esses direitos revestidos na qualidade de Direitos naturais, posteriormente consagrados nas constituições democráticas modernas como Direitos fundamentais.

68 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 685

69 CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 110

70 Ibidem p. 111

Assim, caso uma norma inferior seja elaborada respeitando todos os procedimentos legais, contudo, não respeite os fundamentos constitucionais, considera-se que tal norma é válida até o momento em que o Tribunal Superior declare sua inconstitucionalidade e, portanto, torne-se inválida. O garantismo propõe a redefinição das *normas válidas* para *normas vigentes*, pois uma lei ordinária contrária às normas constitucionais pode ser válida ou inválida, eficaz, ou ineficaz, quando ainda não declarada inválida, será enquadrada na categoria de vigente. Conforme Cadermatori, “o pano de fundo teórico-geral do garantismo está constituído em grande parte pela importante distinção entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas”⁷¹ quais sejam: a) a norma é justa quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo extra-jurídico); b) uma norma é vigente quando é despida de vícios formais: ou seja, foi emanada ou promulgada por sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; c) uma norma é válida quando está imunizada contra vícios materiais, ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior; d) uma norma é eficaz quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).⁷²

A distinção entre essas qualidades se faz necessária em razão da total dissociação entre elas, particularmente entre vigência e validade, pois sob a ótica de Ferrajoli, é possível que uma norma seja vigente e eficaz, porém inválida. Ainda, pode ocorrer que a invalidade de uma norma vigente perpetue-se pois nunca submetida à Corte Constitucional para apreciação de sua inconstitucionalidade,

Esta circunstância torna impossível a identificação das normas válidas do ordenamento, uma vez que todas as normas não submetidas ao controle de constitucionalidade, não se pode dizer que são válidas, mas apenas que são

71 Ibidem. 114

72 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.102

vigentes. O que sim se pode afirmar é que são inválidas as normas assim declaradas pela Corte Constitucional.⁷³

O garantismo jurídico, em virtude da forma jurídica do Estado moderno e da forma estatal do Direito, alicerçado no princípio da legalidade, delimita-se dentro do positivismo jurídico. Contudo, a diferença proposta por Ferrajoli entre as normas válidas, vigentes e eficazes cuja confusão ou redução é típica daquilo que o autor denomina como *iuspositivismo dogmático*.⁷⁴

Ferrajoli, tece críticas às orientações normativistas e às teorias realistas, pois, para ele, ambas possuem viés ideológico. As teorias normativas confundem vigência com validade, ignorando possíveis ineficácias. As teorias realistas, por sua vez, analisam a eficácia da norma, ignorando possíveis invalidades. O autor, portanto, diferencia o Garantismo das demais as quais critica. Uma teoria Garantista do Direito, não somente penal, parte da distinção do vigor das normas, tanto de sua validade quanto de sua efetividade. Esta distinção, como se viu a seu tempo, é essencial para compreender a estrutura normativa do Estado de Direito, tem três características essenciais⁷⁵

Com relação à crítica ao Direito positivo vigente, foco do estudo da teoria jurídica garantista, Cademartori refere tratar-se de uma crítica interna, não externa, pois está orientada a analisar os aspectos de ineficácia e invalidade. Esta abordagem específica do Direito, por sua vez, põe em discussão dogmas do

73 Ibidem, p. 102

74 Ibidem, p.116

75 Segundo Ferrajoli: “a) por pertencerem as normas vigentes a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um dos quais se configura como normativo respectivamente àquele inferior, e como fático respectivamente àquele superior; b) pela incorporação nas normas superiores das obrigações e vedações que disciplinam a produção das normas inferiores, e cuja obtemperação é condição da efetividade das primeiras e da validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores, e pelo simultâneo vigor de umas, ainda que não efetivas, e de outras, ainda que inválidas consequente ilegitimidade jurídica que, em qualquer medida, investe sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário, e que é tanto maior quanto mais ampla mas não efetiva é a incorporação limitativa dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento.” FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 699

positivismo dogmático: a fidelidade do Juiz à lei e a função meramente descritiva e valorativa do Jurista em relação ao Direito positivo vigente.⁷⁶

O dogma positivista que compele o Juiz a aplicar o Direito vigente encontra dificuldade em Estados de Direito que possuem Constituições rígidas, pois na medida em que existam leis vigentes, porém inválidas, não há obrigação jurídica em sua aplicação. As decisões proferidas com escopo em lei vigente podem ser válidas co respeito a ela, mas é bem possível que essa lei seja declarada inválida. A aplicação contínua de uma lei diz respeito somente a sua eficácia, mas não diz respeito a sua validade.⁷⁷

Por fim, o dogma da avaloratividade da ciência jurídica determina que a partir dos critérios políticos e de justiça, as críticas ao Direito sejam feitas exclusivamente do exterior do mesmo. O Garantismo, por sua vez, através dos critérios de validade e invalidade, advindos de norma superior, traz a crítica para o interior do sistema jurídico em questão.

2.2. O GARANTISMO COMO FILOSOFIA POLÍTICA

Por fim, a terceira acepção compreendida por Ferrajoli é a que versa a respeito da filosofia política, a qual tem como objetivo justificar o Estado do ponto de vista externo ao sistema normativo. O autor identifica duas correntes de pensamento que compreendem duas maneiras distintas a legitimidade do Estado: as autopoieticas, que sustentam que o Estado constitui um fim em si mesmo e as doutrinas que compreendem o Estado como um protetor do Direitos fundamentais.⁷⁸

Adilson de Oliveira Nascimento, deslinda as caracterizações propostas por Ferrajoli com relação a justificação de legitimidade do Estado:

76 CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 117.

77 CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 118.

78 Ibidem, p. 119

“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”.⁷⁹

Deste modo, Nascimento elucida a concepção heteropoiética elaborada por Ferrajoli, na medida em que permite justificar, de um ponto de vista externo, o Estado, pois este serve de instrumento da garantia de direitos fundamentais, uma vez que a função o mesmo resta centralizada na pessoa humana e nos direitos humanos.

A unidade das três acepções supracitadas vem a delinear o que Ferrajoli propõe como sendo a Teoria Geral do Garantismo, que se caracteriza por: ter caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; apresentar divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e consequentemente um grau irredutível de ilegitimidade jurídica das práticas normativas de níveis inferiores; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico), com a correspondente divergência entre justiça e validade; e a autonomia e precedência do primeiro com relação ao segundo, e um grau irredutível de ilegitimidade política com respeito àquele.⁸⁰

Tais características conferem à teoria geral garantista a qualidade de teoria crítica de ideologias políticas jusnaturalistas e ético-formalistas que consubstanciam os conceitos de justiça e direito, tanto quanto ideologias jurídicas e normativistas que confundem, no plano interno, os conceitos de validade e vigência, validade e eficácia.⁸¹

No que diz respeito a legitimação formal e legitimação substancial, o

79 NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Dos pressupostos processuais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p.64

80 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial; 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 223

81 Ibidem, p. 224

garantismo penal, sob a luz das três primeiras características elencadas anteriormente, reveste-se de qualidade do próprio Estado de Direito. Já com relação à primeira, exclusivamente, qualquer Estado, ainda que autoritário, é tido como Estado de Direito. Com relação à segunda característica, por sua vez, somente os Estados constitucionais – especialmente aquele com Constituições rígidas – pode

ser tidos classificados como Estado de Direito, pois em seus níveis superiores incorporam não só os procedimentos para edição de normas de nível inferior, mas também os limites substanciais para o exercício de qualquer poder.⁸²

A estas definições de Estado de Direito, o garantismo incorpora duas noções do princípio da legalidade: a legalidade em sentido amplo, ou validade formal, e a legalidade em sentido estrito, a validade substancial. Disso depreende-se a caracterização do Estado de Direito para o garantismo, segundo Ferrajoli, deslinda-se no plano formal e no plano substancial.⁸³

Deste modo, conforme entendimento de Ferrajoli⁸⁴, corroborado por Cadematori⁸⁵, as fontes de legitimação de todos os poderes do Estado são duas: a legitimação formal, garantida pelo princípio da legalidade e obediência do juiz à lei; e a legitimação substancial, recebida pela função judicial de sua capacidade de

82 Ibidem, p. 226

83 De acordo com Ferrajoli: “a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público - legislativo, jurisdicional e administrativo - está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam as suas formas de exercício e cuja observância encontra-se submetida a controle de legitimidade por parte de juízes separados do mesmo e independentes (o Tribunal Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para as decisões desse caráter); b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do estado ao serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, através da incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das proibições de lesar os direitos de liberdade e das obrigações de satisfazer os direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial. (...) a primeira destas duas condições representa a fonte de legitimação formal de cada poder; a segunda, a sua fonte de legitimação substancial.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 687-688

84 Ibidem, p. 687.

85 CADEMATORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 228.

amparar direitos fundamentais, a qual necessita obrigatoriamente da presença da primeira para sua satisfação.

A supracitada distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial assemelha-se a distinção entre democracia política e estado de direito. As condições formais de validade indicam as regras sobre quem pode e como se deve decidir; estas referem-se às formas de governo (democrático, monárquico, oligárquico, burocrático). Deste modo, as condições de validade determinam a estrutura de poder: elas dizem sobre o quê se pode ou não decidir; da sua natureza depende o caráter do sistema jurídico⁸⁶

As primeiras fixam procedimentos e competências para tomada de decisões com efeitos em toda a sociedade. As segundas asseguram os direitos fundamentais, bem como estabelecem limites na atuação estatal quanto a restrição de liberdades individuais, além de promover a obrigação de medidas que incrementem políticas sociais. As liberdades individuais referidas correspondem a direitos de liberdade que geram garantias negativas, limitando o poder normativo infraconstitucional. Já a promoção de políticas sociais alicerçadas em direitos sociais geram garantias positivas, pois consistentes em prestações individuais e sociais. O garantismo tem como dever a proteção de ambos, pois estes constituem as bases do Estado Democrático de Direito.⁸⁷

Nenhuma maioria, independentemente se inserida em um estado absoluto, autoritário, ou democrático, pode articular a supressão de direitos de grupos minoritários. Cabe ao Estado Democrático de Direito implementar meios para garantir os direitos fundamentais de todos os indivíduos, sem exceção.

86 Ibidem, p. 229

87 MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, 16. ed. rev, atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 236.

3. PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL

3.1. PRINCÍPIO DA RETRIBUTIVIDADE

O caráter retributivo da pena e seus fundamentos são objetos de estudo das doutrinas absolutas da pena. Doutrinas essas que tem como característica serem desassociadas de outros fins além daqueles que contemplem a própria consumação da pena em si. O princípio da retribuição tem como cerne a punição do crime cometido em razão do prejuízo social que o delito representa para sociedade. A concepção atual da retribuição da pena é alicerçada na filosofia Iluminista alemã e no idealismo de Hegel, o qual refere a necessidade de que a pena seja relacionada exclusivamente ao fato delituoso cometido pelo infrator a fim de puni-lo, bem como de que a pena jamais tenha como fim a intenção aprimorar as condutas ou caráter do indivíduo.⁸⁸

A teoria da retribuição da pena tem como seus maiores representantes Kant e Hegel. A diferença mais relevante entre ambos é que Kant acredita que a justificação da pena é de ordem ética, com base no valor moral da lei infringida pelo autor do fato delituoso, já em Hegel a justificação da pena é de ordem jurídica, com fulcro na necessidade de recompor o direito através de uma mal que estabeleça a norma legal violada.⁸⁹

Segundo o pensamento Kantiano, aquele que viola as leis não é digno sequer do direito à cidadania, devendo ser castigado exemplarmente pelo Soberano. Kant entendia a lei como um imperativo categórico, isto é, representa um fim em si mesma, sem referência a nenhum outro fim.

Sobre o imperativo categórico, profere Cezar Bittencourt em seu tratado de Direito Penal, refere que os imperativos encontram sua expressão no dever ser, “manifestando dessa forma essa relação de uma lei objetiva da razão

88 RUIVO, Marcelo Almeida. O Fundamento e as Finalidades da Pena Criminal: a Imprecisão das Doutrinas Absolutas e Relativas. RBCRIM Vol. 121, São Paulo, 2016, p.14.

89 MENDES JÚNIOR, João, Direito judiciário, 2ª ed., p. 24-25

comum a vontade que, por sua configuração subjetiva, não é determinada forçosamente por tal lei”.⁹⁰ Na esteira do observado por Cezar Bittencourt, Rodriguez Paniagua, apregoa que o imperativo categórico é a própria lei na relação universal ou geral.⁹¹

Kant acredita esta concepção a respeito da moralidade é compartilhada de modo geral. Refere ainda que a legalidade das ações por si só não é suficiente, o motivo pelo qual respeita-se a lei geral ou universal de moralidade deve ser a vontade. Em razão disso, nota-se a e forte ligação que Kant estabelece entre moral e Direito, notável consequência do respeito demandado às normas e ao Direito, de maneira que os deveres jurídicos transformam-se em deveres morais, conforme referido por Paniagua; “alguns deveres jurídicos se convertem em morais indiretamente porque a moral exige também, por sua vez, essa ação que preceitua o Direito”.⁹²

No que diz respeito a pena, a aplicação da pena, e justificação desta, para Kant o mais importante é que a pena jamais pode ser aplicada a fim de buscar um outro bem, ou buscar o benefício ou malefício do apenado ou da sociedade. Deve ser aplicada a pena contra o acusado exclusivamente por ter delinquido, pois o indivíduo não deve servir de meio para outros propósitos, pois conforme o autor os homens não podem ser instrumentalizados, pois tem fim em si mesmo.⁹³

90 Conforme Bittencourt “Os imperativos encontram sua expressão no “dever-ser”, manifestando dessa forma essa relação de uma lei objetiva da razão comum a vontade que, por sua configuração subjetiva, não é determinada forçosamente por tal lei. Os imperativos, sejam categóricos ou hipotéticos, indicam aquilo que resulte bom fazer ou omitir, não obstante se diga “que nem sempre se faz algo só porque representa ser bom fazê-lo”. Seguindo o discurso kantiano, é bom “o que determina a vontade por meio de representações da razão e, consequentemente, não por causas subjetivas e sim objetivas, isto é, por fundamentos que são válidos para todo ser racional como tal” BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009 p. 86

91 “essa lei universal ou geral a que se refere o imperativo categórico não é nenhuma lei determinada; nem sequer é uma lei que tenha um conteúdo determinado: é a própria lei na relação universal ou geral, a universalidade ou generalidade dos motivos das ações, é a legalidade sem mais nem menos”. PANIAGUA, José María Rodriguez, Historia del pensamiento jurídico, cit. p. 246

92 Ibidem, p. 250.

93 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: ed. RT, 2005. p. 85

Hegel, por sua vez, extrai o conceito de pena e retribuição de sua teoria do Estado. A tese de Hegel quanto a pena é sintetizada em sua frase *a pena é a negação da negação do Direito*. O autor fundamenta a justificação da pena juridicamente, apenas, pois a aplicação da pena é amparada na necessidade em reconstituir a vigência da vontade geral, negada pelo criminoso quando do fato delituoso, expressa por meio do ordenamento jurídico. A pena tem a função de retribuir ao criminoso pelo fato praticado o quantum ou intensidade da negação do direito, será também o quantum ou intensidade da nova negação que é a pena.⁹⁴ Para Hegel, a liberdade e a racionalidade são a base do Direito. Entende, portanto, o delito como uma negação do Direito, pois manifesta uma vontade irracional, uma vez que o ordenamento jurídico decorre da vontade geral e essa, por sua vez, provém de uma organização racional.

Ainda, o filósofo refere a pena como instrumento para reconstituir a ordem jurídica violada, jamais adquirindo o caráter de um mal que se deve aplicar só porque antes houve outro mal, porque seria — como afirma o próprio Hegel— “irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior”.⁹⁵

O princípio da retribuição estabelece a indispensabilidade da proporcionalidade da pena e dos delitos cometidos, fundamentação virtuosa na medida em que respeita e protege a dignidade e a autonomia do indivíduo, considerando-o capaz de refletir sobre suas ações e assumir a responsabilidade por seus atos.⁹⁶ Em razão da proteção da dignidade autor do fato delituoso promovida pelo princípio da retribuição, na medida em que se reconhece a plena capacidade do criminoso em repensar a prática criminosa e considerar-se indivíduo responsável, as doutrinas que defendem a retributividade gozam de prestígio mesmo entre estudiosos que defendem outras doutrinas sobre a finalidade das penas. Contudo, sofrem críticas por partes destes com relação a determinados quesitos: refere-se

94 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 128

95 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 161

96 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 59

que a doutrina da retribuição não versa sobre a finalidade da pena, pois considera que a pena possui fim em si mesma. Nesse aspecto as críticas não estão de todo erradas, pois a doutrina da retributividade de fato não é completamente livre de finalidade, uma vez que se constitui também como finalidade da pena e da retribuição a busca pela efetivação da justiça penal.⁹⁷

Contesta-se também a ideia de que a pena compensa um mal com outro, e que essa proposição carece de embasamento ético, entretanto, levando em consideração que a pena tem como objetivo a satisfação da justiça social, e de que não há forma de punição diversa da proposta pela doutrina retributiva que preencha tão eficazmente os requisitos de respeito a dignidade e autonomia humana⁹⁸, não há de se considerar a pena como um mal imposto à sociedade e ao criminoso. Refuta-se, igualmente, a competência do Estado para punir, pois entende-se que o Estado tem apenas o dever de prevenir a ocorrência de fatos delituosos que interfiram no bem estar social e prejudiquem a vida em sociedade, e não servir como bússola moral. Em resposta, deve-se afirmar reiterar que o direito penal não é amparado por ordem moral externa ao ordenamento jurídico, bem como restringi-se a intervir somente nos limites impostos pela lei reconhecida pela sociedade. Em realidade, também há efeitos preventivos quando da aplicação da pena como forma de retribuição.⁹⁹

3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, no que concerne a atuação do Estado, configura-se como fixador das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos

97 Ibidem, p. 59.

98 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: ed. RT, 2005, p. 67.

99 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 60.

penais. Encontra-se expressamente previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal¹⁰⁰, bem como no art. 1º do Código Penal^{101, 102}.

A primeira referência histórica conhecida encontra-se no documento histórico de 1215, a Magna Carta, o qual refere: “Nenhum homem pode ser preso ou privado da sua propriedade a não ser pelo julgamento dos seus pares ou pela lei da terra”. Naquele contexto histórico específico, a legalidade tinha como objetivo impedir que alguém fosse preso ou tolhido de seus bens ou posses em razão da simples do Soberano, forçando, assim, os magistrados de outrora a empregar de fato as leis consuetudinárias atinentes a cada comunidade.¹⁰³

O princípio como hoje conhecemos foi formulado por Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, sob forte influência dos contratualistas Montesquieu e Rousseau. Já o célebre brocardo *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, é de autoria do filósofo alemão Ludwig Feuerbach, o qual preceitua a impossibilidade de aplicação de pena a um indivíduo, quando este inserido em sociedade regida por direito positivo, sem que haja tipo penal e pena definidos por lei expressa, há de existir, portanto, flagrante violação a lei penal para que consequentemente seja imputada tal ação a alguém.¹⁰⁴

O princípio da legalidade desde o princípio teve como principal objetivo o controle do poder punitivo estatal e que restrinja a atuação do Estado dentro dos limites dispostos em lei, afastando assim a arbitrariedade e o excesso do poder

100 Constituição Federal; 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: XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

101 Lei n.º 2.848/40; Art. 1º Art. 1º- Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

102 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3ª ed., rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.22.

103 Ibidem, p. 23

104 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

punitivo. Este princípio é um imperativo que não aceita deturpações ou exceções, representa a evolução da consciência jurídica coletiva e da justiça, não à toa, atualmente é princípio fundamental do Direito de qualquer Estado Democrático de Direito.¹⁰⁵ Segundo a teoria garantista, diferencia-se a legalidade em dois aspectos: a mera legalidade¹⁰⁶ e a estrita legalidade. Ferrajoli define o princípio da legalidade e seus desdobramentos como uma norma dirigida aos magistrados para prescrever a aplicação das leis bem como designar reserva absoluta de lei.¹⁰⁷

Atualmente, a mera legalidade não é suficiente para a devida aplicação da lei penal e dos tipos penais. Deve-se, portanto, promover a estrita legalidade, a qual preceitua que os crimes devem estar dispostos em lei de forma taxativa, para que não haja dúvidas quando de sua aplicação.

Com o intuito de tornar efetivos os preceitos do princípio da legalidade, o legislador penal deve distanciar-se de expressões vagas e inexatas, a fim de que nenhuma pessoa se torne refém da arbitrariedade ou da interpretação equivocada dos juízes. Esta exigência dirigida ao legislador no sentido de conferir clara

105 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 52

106 Segundo Ferrajoli: "A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão ao juiz da lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos os fenômenos que considere imorais ou, em todo o caso, merecedores de sanção, mas apenas os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. A segunda condição comporta, além disso, o caráter *absoluto* da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é *somente* à lei. Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva. De agora em diante denominarei a reserva legal de "princípio de *mera* legalidade", que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão "princípio de *estrita* legalidade" para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 38-39.

107 De acordo com Ferrajoli: "uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão "princípio de *estrita* legalidade" para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais" FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

determinação aos tipos penais, advém do princípio da taxatividade¹⁰⁸.

A adoção destes princípios pelo nosso ordenamento jurídico visa garantir o cumprimento das demandas por segurança jurídica. Ademais, para as sociedades organizada por meio de sistema político democrático, assim como a brasileira, o princípio da legalidade e da reserva legal são a salvaguarda política de que ninguém será submetido ao poder punitivo do Estado, se não com fulcro na legislação vigente.¹⁰⁹

3.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Princípio que aduz harmonia entre a pena e a gravidade da infração penal. A discussão com relação a proporcionalidade da pena existe desde a antiguidade, mas firmou-se como definitiva durante o período Iluminista, muito em razão da obra de 1764 intitulada *Dos Delitos e das Penas*, do Marquês de Beccaria. O legislador atento ao princípio da proporcionalidade, quando da elaboração dos tipos penais, deve sempre pretender uma relação de proporcionalidade entre o crime tipificado e a pena prevista.¹¹⁰ A proporção traz consigo certo caráter talional, caráter este de retribuição que fere o princípio da dignidade humana, sendo assim, o legislador incumbido da tarefa de sopesar a pena a fim de que puna o infrator de acordo com o crime cometido, mas respeite o princípio da dignidade humana que antepara todos os seres humanos. Sobre o princípio da proporcionalidade da pena, refere Alberto Silva Franco que é preciso que se faça um juízo de ponderação entre a relação existente e entre o bem lesionado.¹¹¹

108 Conforme ensina Luisi: “o postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação de lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme” LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p. 18

109 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 55

110 Ibidem, p. 58

111 Segundo Alberto Franco: “O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo, e o bem de

Ainda que o princípio da proporcionalidade não tenha sido adotado expressamente na Constituição, sua aplicação e importância dos outros princípios constantes no texto Constitucional, como por exemplo, quando da aplicação do princípio da individualização da pena, este expresso na legislação, visualiza-se a obediência ao princípio supracitado. No que diz respeito à aplicação deste princípio, percebemos à luz do art. 68 do Código Penal, ao implementar o critério trifásico da pena, o legislador deu subsídio aos magistrados para que pudessem, no caso concreto, individualizar a pena e consequentemente aferir proporcionalidade a mesma em razão da gravidade do delito cometido.¹¹² Outro exemplo claro da retributividade da pena aliada a proporcionalidade faz-se presente no art. 121 do Código Penal, o qual prevê perdão judicial na hipótese de homicídio culposo, “se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”.¹¹³

Sobre a questão da proporcionalidade das penas, Ferrajoli explora o assunto ainda mais a fundo, e elenca três questões problemáticas que foram seu objeto de estudo: a predeterminação pelo legislador do tipo de medida máxima e mínima de pena para cada tipo de delito; a determinação por parte do juiz da natureza e medida da pena para cada delito; e o da pós-determinação, na fase executiva, da duração da pena efetivamente sofrida.¹¹⁴

Da análise do problema da eleição pelo legislador da entidade da pena

que pode alguém ser privado. Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor de delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)” FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.67

112 GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte geral, Rio de Janeiro: Impetus, 2002. , p. 74

113 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 65

114 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 76.

em relação à da gravidade do delito, Ferrajoli já refere a dificuldade existente em definir a noção de gravidade. Segundo o autor existem duas orientações a respeito da gravidade: a objetivista, que mede a gravidade do delito e, posteriormente, a da pena pela entidade do dano; a subjetivista, que a mede pelo grau da culpabilidade. Sobre a relação entre as duas orientações e suas adoções como critérios na predeterminação da pena, Ferrajoli aduz:

“Também a eleição de um destes dois critérios, assim como do critério de seu equilíbrio, requer decisões baseadas em opções valorativas. E claro que dentro de um sistema como SG, que inclui tanto o princípio axiológico da ofensividade como o da culpabilidade, devem-se acolher ambos os critérios, no sentido de que os limites da pena têm que variar tanto em relação ao dano como em relação à culpa. Mas o problema é precisamente o do peso que se tenha que atribuir a cada um dos dois critérios em relação ao outro”.¹¹⁵(FERRAJOLI, 2010, p. 367)

O autor ainda cita a dificuldade ainda maior em determinar as medidas da pena máxima e pena mínima sob a luz dos dois critérios supracitados, pois, ainda que a pena seja quantificável, o delito não o é. No que se refere a do valor mínimo da pena, a tese desenvolvida por Hobbes é a que merece maior atenção, pois estabelece que: a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena, pois se não seria aferida a pena um caráter de mero tributo, não cumprindo a sua função em desestimular a prática do ilícito.¹¹⁶ Com relação a determinação da pena máxima, o critério mais pertinente foi formulado por Jeremy Bentham, o qual expõe que a pena máxima não deve superar a violência informal que na sua ausência sofreria o réu pela parte ofendida. Essa associação permite estabelecer uma compensação entre os males cominados e males prevenidos.

Com relação a determinação judicial da pena, o problema apresenta-se em razão da discricionariedade intrínsecos à função judicial. Como solução, Ferrajoli

115 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 367.

116 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 78.

aponta os princípios da legalidade e da igualdade como princípios balizantes a fim de garantir a boa prestação jurisdicional.¹¹⁷

Por fim, Ferrajoli tece uma análise crítica à execução da pena, propondo questionamento relativo ao acréscimo ou decréscimo de pena quando da fase de execução da pena. Nesse quesito acredita que a flexibilização das penas, em detrimento de um Direito Penal mais rígido, promove o esvaziamento da lei e do juízo, resultando na dissolução das garantias penais e processuais, gerando insegurança jurídica.¹¹⁸

3.4 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE PENAL

A irretroatividade penal passa a integrar o rol de princípios gerais do Direito Penal moderno com o advento dos ideais Iluministas presentes na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Como conceito, a irretroatividade penal estava integrada ao princípio da legalidade, este, por sua vez, constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948¹¹⁹ Para dissertar brevemente a respeito do princípio da irretroatividade, é necessário primeiro definir a abrangência temporal e a eficácia das leis: tem início no momento em que entra em vigor, e rege todos os atos abrangidos pela sua destinação até o momento em que cesse sua vigência.¹²⁰

117 Conforme Ferrajoli: Disso segue-se que o juízo deve ser tão avalorativo na denotação como valorativo na conotação; tão imparcial e exclusivamente vinculado à lei e às provas na verificação, como abertamente inspirado nos valores constitucionais na interpretação. Quanto ao *conteúdo*, o objeto da conotação judicial deve limitar-se ao fato que está sendo julgado e não se estender em considerações estranhas a ele. Em consequência, para os fins da conotação ficam excluídas considerações ou juízos em matéria de prevenção ou de defesa social: posto que dentro de um sistema garantista a função judicial não pode ter outros fins que não justiça do caso concreto, o juiz não pode propor finalidades de prevenção geral que fariam de cada uma de suas condenações uma sentença exemplar” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 373.

118 LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p. 43.

119 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 84.

120 Ibidem, p. 85

Sucintamente define Damásio: “Entre esses dois limites – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio *tempus regit actum*”¹²¹

Entretanto, aplica-se o princípio da irretroatividade somente nas circunstâncias em que à lei mais severa, caso contrário, adota-se o dispositivo da retroatividade da lei mais favorável, conforme art. 5º, XL, da Constituição Federal. Se condensarmos os dois princípios em um só teremos: o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, sendo assim, a lei nova que for mais favorável ao réu sempre retroagirá.¹²²

Por fim, cumpre referir que há uma exceção ao princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, quais sejam, as leis temporárias ou leis excepcionais. Tratam-se de leis ultra-ativas, cujos fatos atinentes praticados durante sua vigência ainda estarão sujeitos à aplicação destas. Essa característica especial é conferida às leis temporárias para que não percam seu poder de coação.¹²³

3.5. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Conforme o princípio da culpabilidade, em sua definição mais básica, “não há crime sem culpabilidade”¹²⁴ Segundo refere Juarez Cirino do Santos, há profunda relação entre o princípio da culpabilidade e o princípio da legalidade, uma vez que a culpabilidade fundamenta-se no conhecimento (real ou possível) do tipo injusto, logo o princípio da culpabilidade pressupõe, ou contém, o princípio da legalidade, como definição escrita, prévia, estrita e certa do tipo injusto existe uma

121 JESUS, Damásio de. Direito Penal, Volume 1: Parte Geral. 26. Ed. Rev. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60

122 Ibidem, p. 61.

123 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 86

124 Ibidem, p.67.

relação de dependência do princípio da culpabilidade em face do princípio da legalidade porque a culpabilidade pressupõe tipo do injusto.¹²⁵

A culpabilidade, como define Muñoz Conde, não atinge apenas o autor do fato delituoso, por não tratar-se de um fenômeno isolado, a entende como um fenômeno social.¹²⁶

Dessa modo, no Direito Penal a culpabilidade relaciona-se mais com a coletividade, ou seja, com os demais membros da sociedade, do que com apenas o autor do delito. Ainda, segundo Muñoz Conde, com relação a culpabilidade, refere tratar-se do resultado de processo de elaboração conceitual, a fim de explicar a razão pela qual recorre-se a pena como meio defensivo da sociedade.¹²⁷

O princípio da culpabilidade como dispositivo jurídico é extremamente importante, pois juntamente com o princípio da legalidade representa a proteção do indivíduo e suas liberdades individuais no Estado Democrático de Direito moderno, uma vez que proíbe a punição de pessoas sem os requisitos de juízo de reprovação.¹²⁸

A culpabilidade como fundamento na aplicação da pena, como juízo de valor, permite que se atribua a alguém a responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico. Para que se determine a culpabilidade, impõe-se a presença de

125 SANTOS, Juarez Cirino dos Direito penal : parte geral I. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 24.

126 Conforme Muñoz Conde “não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade” Muñoz Conde, Teoria Geral do Delito, trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988 p. 63

127 Ainda, conforme Muñoz Conde: “a culpabilidade “não é uma categoria abstrata ou a-histórica, à margem, ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, destinado a explicar por quê, e para quê, em um determinado momento histórico, recorre-se a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio” Muñoz Conde, Teoria Geral do Delito, trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988 p. 129)

128 SANTOS, Juarez Cirino dos Direito penal : parte geral I. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 24.

determinados requisitos, quais sejam, a capacidade de culpabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta. Com base nestes requisitos, que concebem os elementos do conceito de culpabilidade, deverão ser sopesados e avaliados, a fim de afirmar ou negar a culpabilidade do indivíduo pela prática do fato delituoso no caso concreto.¹²⁹ A ausência de qualquer um desses elementos acarreta o impedimento da aplicação da sanção penal. Ainda, a culpabilidade serve também como baliza para limitar a medição da pena, funcionando não como fundamento, mas como limitador da sanção penal de acordo com a gravidade do delito. Entende-se que o princípio da culpabilidade tem também a função de impedir a atribuição de responsabilidade penal objetiva, sendo assim, ninguém há de ser culpado por resultado absolutamente imprevisível sem que tenha concorrido para este com dolo ou culpa.¹³⁰

A respeito dos requisitos que determinam a culpabilidade e sua relação com o princípio da culpabilidade, podemos aferir: a) capacidade de culpabilidade: o princípio da culpabilidade veda a punição de pessoas inimputáveis, em razão da sua incapacidade de compreender a norma ou de determinar-se de acordo com a compreensão desta.¹³¹ Contudo, é possível a aplicação de medidas de segurança aos inimputáveis em razão da sua periculosidade, a fim de proteger o autor do fato e a sociedade por meio da neutralização do risco que este representa aos outros indivíduos e a si mesmo. b) consciência da ilicitude: é vedada a punição de pessoas imputáveis quando estas flagrantemente desconhecem a proibição do fato, pois o erro de proibição inevitável exclui a possibilidade de motivação conforme a norma jurídica que fundamenta o juízo de reprovação.¹³² c) exigibilidade de conduta: proíbe-se a punição de pessoas imputáveis que praticam o fato delituoso tendo conhecimento de sua ilicitude, porém em situações adversas nas quais torna-se

129 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 67.

130 Ibidem, p. 68.

131 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal : parte geral I. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 25.

132 Ibidem, p. 25

impossível prática de conduta adversa e o indivíduo não tem o poder de não fazer o que está fazendo, exclui-se ou reduz a exigibilidade de comportamento adverso.¹³³

Por fim, a assunção o princípio da culpabilidade resultam em três importantes consequências materiais segundo Bittencourt, quais sejam,

“a) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena. Com essa configuração, não cabe a menor dúvida de que o princípio de culpabilidade representa uma garantia fundamental dentro do processo de atribuição de responsabilidade penal, repercutindo diretamente na composição da culpabilidade enquanto categoria dogmática.”¹³⁴

Recentemente, em razão do avanço e da radicalização das teorias funcionalistas, entende-se que o princípio da culpabilidade, tal como foi concebido, vem sendo dirimido, muito em virtude da concepção de que para determinação da pena deve-se levar em conta a finalidade da mesma, em detrimento dos elementos que originalmente compõe o juízo de culpabilidade. Como consequência dessa nova acepção da relação entre pena e culpabilidade nota-se a inversão na ordem das prioridades do Direito Penal,¹³⁵ uma vez que este perderia seu caráter essencialmente garantista que visa a proteção dos bens jurídicos e que busca uma solução materialmente justa para o conflito gerado pelo ato criminoso, para dar ênfase a eficácia simbólica quando da aplicação da pena.

133 ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Direito penal. Curso completo. Parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 312

134 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 138

135 Ibidem, p.139.

A concepção funcionalista supracitada vem de encontro também ao princípio da presunção de inocência. O empenho em conferir a eficácia simbólica da pena no plano material, tem como consequência o desrespeito à presunção da inocência, uma vez que a ânsia na punição do indivíduo tem por vezes atropelado o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual refere: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Tendo a Constituição Federal forte caráter garantista, é inadmissível que no ordenamento brasileiro exista legislação ou precedentes contrários à presunção da inocência, bem como se desvirtue a razão e os fundamentos da aplicação originalmente concebidos.

3.6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A tipicidade penal demanda uma ofensa com certa gravidade aos bens jurídicos tutelados, pois nem sempre o mal praticado pelo autor do fato delituoso é suficiente para ferir os bens tutelados, portanto, nesses casos, não configura-se o injusto típico.¹³⁶ Segundo princípio da insignificância, ou princípio da bagatela, é necessária a proporcionalidade entre a gravidade da conduta cometida que há de ser punida e a intervenção estatal em razão desta. Segundo o princípio formulado por Cláus Roxin (1964)¹³⁷, há certas condutas que, do ponto de vista formal, podem ser tipificadas, entretanto não apresentam relevância material, pois não ferem de forma grave o bem jurídico tutelado, e, conseqüentemente, é possível afastar liminarmente a tipicidade penal.

A eleição dos bens jurídicos suscetíveis à incidência do princípio da insignificância é tarefa exclusiva do poder legislativo, sendo vedada aos aplicadores do Direito essa função, sob risco de ferir a independência dos poderes e os princípios constitucionais. Por exemplo, infrações penais de menor potencial lesivo não são obrigatoriamente amparadas pelo princípio da insignificância. Tais crimes já foram objeto de análise e valoração pelo legislador, que, em respeito aos valores

136 Ibidem

137 ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-48

sociais e morais da sociedade, já dispôs sobre as consequências jurídicas para sua violação. Os limites do desvalor aferido aos tipos penais já foram extipulados pelo legislador, não podendo assim, o aplicador da lei fazer a função deste,¹³⁸ como refere Cezar Roberto Bittencourt aduz a respeito: a *irrelevância* ou *insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, ou seja, pela grandeza do estrago causado. Há de se tratar de uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo considerável, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade.¹³⁹

No Código Penal brasileiro, o princípio da bagatela tenciona desempenhar a função de redutora dos excessos penais, O CP prevê em seu art. 155, § 2º, a hipótese de diminuição obrigatória da reprimenda, mediante ponderação entre o valor da coisa furtada e seu significado no patrimônio.¹⁴⁰ O princípio, tal como formulado e conceituado por Roxin, embora não tenha sido adotado de forma expressa pela legislação brasileira, mas é aceito e aplicado por analogia. Os fundamentos em doutrina e jurisprudência do princípio da insignificância originam-se da constatação de que a simples adequação típica formal não se mostra bastante, em determinados casos, para se reconhecer a presença do injusto no conteúdo material da conduta e consequente punição.¹⁴¹

Com relação a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, Zaffaroni aduz que esta demanda um juízo valorativo do conteúdo da conduta, restando clara ausência de contrariedade aos valores abrigados pela norma.¹⁴²

138 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 71

139 Ibidem, p. 153

140 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 94.

141 MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., Código Penal Interpretado, 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 46.

142 Conforme refere Zaffaroni: "Sua aplicação exige um juízo valorativo do conteúdo da conduta concreta que aponte, de forma clara e evidente, para a ausência de contrariedade, contrariedade

Ainda, a irrelevância ou insignificância de uma conduta deve ser compreendida não apenas com relação a importância do bem jurídico tutelado, mas principalmente pela extensão do dano produzido ao bem jurídico tutelado, como referido por Roxin.¹⁴³

Em termos jurisprudenciais, tem-se admitido que quando da aplicação do princípio da bagatela existem quatro aspectos do fato concreto a serem sopesados: a) a mínima ofensividade da conduta; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; d) a inexpressividade da lesão jurídica causada.¹⁴⁴ Na aplicação do princípio devem ser considerados somente aspectos objetivos ao fato delituoso em tela, a fim de apenas constatar se o fato praticado, conforme os critérios objetivos supracitados, contraria, ou não, o ordenamento penal.

Embora, em princípio, apenas sejam adotados critérios objetivos para aferir a incidência do princípio da insignificância, parte da Jurisprudência entende por considerar também critérios subjetivos: casos de maus antecedentes, reincidência, habitualidade e prática constante de delitos que, em separado seriam considerados delitos de bagatela, mas em conjunto apresentam maior grau de reprovabilidade ou periculosidade social.¹⁴⁵ Nestes casos, define-se, portanto, que a culpabilidade se dá em razão da reprovabilidade da conduta típica e antijurídica. De fato, a insignificância há de ser aferida conforme critérios objetivos, pois

mínima e portanto tolerável, aos valores em tese protegidos na norma penal. Afirma-se, nesses casos, a tipicidade material do fato ou caso de atipicidade conglobante, porque a insignificância somente pode ser afirmada quando considerada à luz da finalidade geral do Ordenamento e, portanto da norma em particular” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal, parte general. Ediar: Buenos Aires, 1977.p.405

143 Segundo Roxin: “mau trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave e pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade” ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 53

144 MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., Código Penal Interpretado, 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47

145 Ibidem p. 47.

“a antijuridicidade é uma medida objetiva diante do caráter de validade geral da norma e a contrariedade ou não de um fato ao ordenamento independe de que o praticou. Mas o simples fato de determinadas circunstâncias estarem previstas como critérios judiciais de fixação da pena (art. 59 do CP), como ocorre com as circunstâncias do crime e as suas consequências, não impede a sua consideração na aplicação da aplicação do princípio da insignificância, porque podem ser indicativas da ausência de seus pressupostos”¹⁴⁶

O princípio da bagatela foi formulado e adotado pelo Ordenamento brasileiro com intuito de servir como corretivo da tipicidade geral que sua aplicação, assim, é uma exceção. Ainda, não se pode olvidar que a aplicação do princípio demanda juízo sobre o grau de afetação aos bens jurídicos tutelados, levando-se em conta que o princípio privilegia a aferição da ofensa dirigida ao ordenamento penal e ao risco da ordem social, ainda que considere também a apreciação da lesão e perigo conferidos ao titular do bem.

Desta forma, requer-se prudência no emprego do princípio da insignificância a fim de se evitar a impunidade daqueles que praticam reiterados crimes que causam menores danos quantitativos, mas de elevado grau de reprovação e certa periculosidade social, bem como a propagação de delitos que violem a ordem social e os bens tutelados pelo ordenamento jurídico. Se assim não o fosse, correr-se-ia o risco de justificar os ataques aos patrimônios dos indivíduos de maior pujança econômica.¹⁴⁷

Isto posto, a fim de sopesar os benefícios, malefícios e efeitos às partes envolvidas e à sociedade, há três perspectivas a serem observadas. A primeira refere-se à vítima, com propósito de saber se há relevância ao patrimônio global da mesma no dano causado em equiparação aos custos sociais da intervenção penal estatal. A segunda trata da perspectiva do agente causador do injusto, a fim de verificar se a subtração de pequenas coisas ou valores, de forma reiterada, agregará substancial acréscimo ao patrimônio do mesmo. E por fim uma

¹⁴⁶ Ibidem, p. 47.

¹⁴⁷ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 94

perspectiva relativa ao bem jurídico tutelado, que abarca também as duas perspectivas anteriores.¹⁴⁸

Para exame da complexidade da questão, à luz da construção dogmática do delito de *comulação* formulado por Roxin, o qual versa sobre a reiteração de pequenas ações contra um grande patrimônio, há de se analisar certo paradoxo existente entre as reiteradas condutas abarcadas pelo princípio de insignificância que isoladamente não causariam dano efetivo a totalidade do patrimônio, mas que em sua somatória produziria resultado muito mais danoso. Roxin desenvolve a ideia supracitada e conclui ser ela inadequada, pois sua aplicação terminaria por punir um autor por todos os outros delitos praticados anteriormente¹⁴⁹ Roxin Contudo, a reiteração sistemática de pequenos delitos pode ocasionar a dilapidação completa do patrimônio de uma vítima, sem que nenhum dos delitos seja punido, pois todos os indivíduos que se apropriaram de pequenas porções do patrimônio da vítima foram submetidos ao simples exame de tipicidade material na perspectiva da bagatela por simples valoração dos valores coisas subtraídas.¹⁵⁰

Como possível solução a este dilema, entende-se que o afastamento da aplicação do princípio da insignificância deve ser feita a partir de considerações baseadas na culpabilidade do autor do fato, contudo, somente em caso de reiteração pelo mesmo autor, quando seu comportamento criminoso for habitual e o mesmo estiver obtendo proveito da reiteração delitiva. Já em casos de reiteração de delitos contra bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, por exemplo, a punição da reiteração pelo proveito do autor do fato, mas pela unidade do dolo do mesmo, pois dirigida a ampliação do resultado danoso.¹⁵¹

148 Ibidem, p. 94.

149 SANTOS, Juarez Cirino dos Direito penal : parte geral I. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014

150 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 94

151 GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte geral, Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 79

3.7. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, advém da necessidade de limitar o arbítrio do legislador no que concerne ao conteúdo das normas penais incriminadoras e suas sanções. Este princípio orienta e controla o poder incriminador do Estado, aduzindo que a criminalização de condutas há de ser legitimada somente em circunstâncias nas quais existam necessidade de proteger um bem jurídico relevante.¹⁵² A tipificação penal, bem como sua consequente sanção, devem ser o último recurso da intervenção estatal, portanto, se há outros meios de controle social que protejam suficientemente bem determinado bem jurídico, a criminalização de certas condutas é desnecessária, desta maneira, não recomendada. Em razão disso, entende-se que o Direito Penal é a *ultima ratio* do sistema normativo, ou seja, serve para assegurar bens jurídicos relevantes que as demais esferas do Direito não conseguiram tutelar plenamente.

Segundo o raciocínio que define o princípio da intervenção mínima, para que o Direito Penal seja acionado como meio de controle social, todas os outros recursos extrapenais devem restar esgotados em razão de sua incapacidade de prestar a tutela adequada a bens jurídicos fundamentais em iminente agressão¹⁵³ Ainda, o delito a ser objeto de apreciação do Direito Penal deve portar elevada gravidade, bem como revelar uma culpabilidade mais elevada. Trata-se de infração que de fato merece a sanção penal, pois carrega consigo grande desvalor e reprovabilidade.¹⁵⁴

152 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 56

153 Ibidem, p. 56

154 Refere Mirabete: “Não se devem incriminar os fatos em que a conduta não implique risco concreto ou lesão a nenhum dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem normativa constitucional. O ordenamento positivo, pois, deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, muitas vezes servindo apenas a interesses políticos do momento para aplacar o clamor público exacerbado pela propaganda. Além disso, a sanção penal estabelecida para cada delito deve ser aquela “necessária e suficiente para a repressão e prevenção do crime” (na expressão acolhida pelo art. 59 do CP)” MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., Código Penal Interpretado, 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45.

Embora o trecho supracitado sintetize brilhantemente o cerne do princípio em questão, formulado há mais de duzentos anos no período Iluminista em meio à Revolução Francesa, atualmente é ultrajado reiteradas vezes pelos legisladores contemporâneos, em razão da criação de desmedidas e excessivas normas penais incriminadoras.¹⁵⁵

¹⁵⁵ LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p. 27

4. DISTORÇÕES QUANDO DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL E A FALÁCIA GARANTISTA

No Brasil entende-se o garantismo penal como a concepção jurídica que tem como principal característica outorgar aos cidadãos um conjunto de direitos e garantias na esfera penal, principalmente. Sob a luz da concepção garantista, o indivíduo passa a ser um sujeito de direitos no âmbito do processo penal.¹⁵⁶ Isso posto, percebe-se que o garantismo não se trata apenas de uma doutrina meramente legalista, compreende-se o garantismo como teoria penal fundada nos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito.¹⁵⁷ O réu passa a ser um sujeito de direitos, e o juiz, por sua vez, afasta-se da visão positivista tradicional, submisso à lei de forma acrítica e irreflexiva, passa a se orientar não só por meio do texto da lei, mas também à luz dos princípios penais garantistas e fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito. Ademais, o garantismo contempla não apenas os direitos do indivíduos na esfera penal, abrange uma vasta gama de direitos coletivos e sociais, bem como deveres.¹⁵⁸

Nesse contexto, é vital que as interpretações judiciais não façam ponderações fora dos limites dos direitos fundamentais já estabelecidos pelo legislador quando da concepção do texto constitucional. Conforme referido por José Luís Martí Mármol,¹⁵⁹ um texto constitucional flagrantemente garantista não tem como objetivo unicamente a proteção dos direitos individuais, seu propósito é muito mais amplo.

156 PACHECO SOBREIRA FILHO, Walkis. Supergarantismo brasileiro: instrumento retórico da impunidade. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.588516>> Acessado em 12 de novembro de 2018.

157. FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)?. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html> Acessado em 15 de novembro de 2018. p. 3

158 Ibidem, p. 3

159 Refere Marmol: “*el paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de autonomía privada), derechos liberales (o de libertad) y derechos sociales*” MARTÍ MÁRMOL, José Luis. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 384.

A aplicação de princípios garantistas, bem como entendimento equivocado ou obtuso da doutrina do garantismo penal, promove distorções quanto à aplicação e compreensão da mesma. Esta distorção, por sua vez, propaga a ideia de que o garantismo penal tem único intuito a preservação dos indivíduos que estão ante a mira da justiça.¹⁶⁰ A este fenômeno podemos chamar de *fragmentação*.

Ferrajoli, a respeito do que chama de *falácia garantista* disserta sobre o desafio em fazer valer os princípios constitucionais garantistas por meio de técnicas legislativas e judiciárias que os assegurem. Aduz que, a princípio, elaborar princípios e normas que deslegitimem normais inferiores discrepantes com estes, é uma tarefa que não impõe dificuldades, por outro lado, o desafio resta na formação das técnicas legislativas e judiciárias que assegurem a efetivação destes, e, principalmente, é desenvolver, atuar e defender nos casos concretos o sistema de garantias.¹⁶¹ A realidade apresenta um grande desafio, pois contempla a necessidade de fidelidade institucional dos poderes públicos, empenho conjunto das forças políticas e sociais, e o intento de todos em defender os direitos dispostos no texto constitucional.¹⁶²

A falácia política, por sua vez, refere-se a ilusão de que a simples existência de um *bom poder* é suficiente para satisfazer as aspirações da sociedade.¹⁶³ Em

160 FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html> Acessado em 15 de novembro de 2018. p. 13

161 Segundo Ferrajoli: “É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias. Esta não é mais uma questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui a vida do direito: com a lealdade institucional dos poderes públicos, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com a sua disponibilidade para lutar pelos direitos, em uma palavra, com o sustento prático oferecido ao sistema normativo das garantias. E este sustento, contra as naturais vocações antigarantistas de todos os poderes, públicos e privados, que exprime o ponto de vista externo do quarto e último significado associado a esta expressão.” FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 865.

162 Ibidem, p. 865

163 CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 219.

virtude disso, há de se construir um intrincado sistema de garantias que limitem, neutralizem e deslegitimem o poder.¹⁶⁴

Ambas as falácias, resultantes de idealismos ideológicos, encontram-se viciadas pela derivação do *ser desde o dever ser*¹⁶⁵, ambas originárias do juspositivismo ético e do juspositivismo dogmático. Leituras equivocadas da realidade induzem o jurista a acreditar que a imagem legal do ordenamento jurídico equivale ao seu funcionamento real, e que o sistema jurídico é, portanto, uma representação do sistema político e social.¹⁶⁶ Em virtude dessa imprecisão, desenvolve-se a equivocada ideia de que as normas jurídicas possuem a qualidade de descrever as relações jurídicas, ao invés de apenas regulá-las.

Por fim, define Catemartori, portanto, que, a fim de distanciar-se das imprecisões com relação às acepções equívocas das normas jurídicas supracitadas, faz-se necessário o resgate dos fundamentos da legitimidade do Estado de Direito, bem como o apontamento de eventuais ilegitimidades, assiduamente.¹⁶⁷ O modelo garantista de legitimidade visa avaliar o poder de acordo com os critérios vinculados a valores superiores e externos às instituições estatais, assegurando, assim, a existência de um Estado voltado a corresponder os interesses da sociedade.

164 Ibidem, p.219

165 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 866.

166 Ibidem.

167 Menciona Cademartori: “O modelo garantista de legitimidade, que avalia o poder de acordo com critérios postulados por valores superiores e externos ao Estado, assegura a manutenção da tarefa do poder como estrutura voltada à satisfação dos interesses da sociedade, e, nesta medida, é uma teoria mais apta ao julgamento da instância política. Enquanto modelo - já se disse acima - é um ideal ao qual os Estados de Direito reais devem aproximar-se, na medida em que estes venham a incorporar limitações e imposições normativas de atuação dos governos em seus ordenamentos. Ocorre que estas limitações e imposições nem sempre estão explícitas em suas normas maiores, cabendo ao intérprete deduzir o papel garantista implícito nas mesmas. Na Conclusão a seguir far-se-á um levantamento parcial das garantias implícitas na Constituição Federal em vigor, tentando deixar evidenciado o caráter “de Direito” de nosso ordenamento político-constitucional a nível normativo, bem como expor-se-á a prática tendencialmente anti-garantista dos governos, que movidos por uma lógica economicista alheia à razão jurídica, solapam a legitimidade do atual modelo de Estado Constitucional de Direito.” CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pag. 220

4.1. O SUPERGARANTISMO PENAL QUANDO DA PERSECUÇÃO PENAL EM DESFAVOR DE RÉUS COM AMPLOS RECURSOS

Como visto no título anterior, o garantismo penal sofreu uma espécie de fragmentação, uma leitura seletiva e equivocada, que tende a se valer somente dos princípios relativos as garantias individuais na esfera penal e olvidando dos demais fundamentos, princípios e deveres. Ganha, portanto, conforme Fischer¹⁶⁸, um caráter hiperbólico-monocular. Em consequência ao entendimento parcial do garantismo, exemplarmente exposto pelo próprio Ferrajoli no capítulo dedicado ao estudo das *falácias garantista e política*¹⁶⁹, e sua consequente aplicação equívoca, podemos identificar o que viria a ser o *supergarantismo penal*.¹⁷⁰ Esse, por sua vez, consiste em um conjunto de práticas que, por meio do uso de determinados princípios do garantismo penal, em detrimento de outros, visa a todo custo a absolvição e, ou, a extinção da punibilidade do réu, ainda que empregue artifícios processuais desleais, como o abuso do direito de defesa, para tal.¹⁷¹

Dentre os métodos usados para perpetuar o que classificamos como supergarantismo penal, podemos citar o expediente do método interpretativo e meio de resolução de questões acerca do melhor entendimento ou melhor aplicação da lei. Nas situações dos casos concreto, por meio deste, aplica-se o entendimento do dispositivo jurídico que beneficia o réu, ainda que este não compreenda o melhor entendimento racional ou adequado ao caso concreto.¹⁷²

168 Segundo Fischer: "Se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e *hiperbólico*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados" FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 34.

169 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 865-867.

170 PACHECO SOBREIRA FILHO, Walkis. *Supergarantismo brasileiro: instrumento retórico da impunidade*. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.588516>> Acessado em 12 de novembro de 2018.

171 Ibidem.

172 Ibidem.

Surge dessa acepção de beneficiamento do réu a todo custo, uma espécie de *in dubio pro reo* supergarantista.¹⁷³ Na concepção adequada para o instituto do *favor rei*, compreende-se que em ocasiões nas quais reste dúvida razoável ao magistrado, mesmo depois de interpretados os dispositivos jurídicos, deve-se adotar a versão mais favorável ao réu, pois, conforme a presunção da inocência, este é inocente até que se prove o contrário.¹⁷⁴ Consoante o supergarantismo, o *in dubio pro reo* toma contornos de princípio, devendo ser, portanto, aplicado em todas os casos concretos, a fim de sempre beneficiar. Esta nova acepção deve, no entanto, ser terminantemente afastada, pois contraria a própria definição do que vem a ser um *princípio*. Para Miguel Reale, princípios tratam-se de: “enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas, ”¹⁷⁵ Ainda, Pedro Salazar em *Garantismo Espurio*, adverte o que já havia sido acautelado por Kelsen outrora: o perigo no uso incauto dos princípios a fim de promover relações diretas destes com o conteúdo das leis.¹⁷⁶

Como consequência direta do implemento do supergarantismo, principalmente no que se refere ao *in dubio pro reo*, observamos o favorecimento de réus que possuem amplos recursos. Estes beneficiam-se, pois podem despender capital em defesas especializadas, a fim suscitar diversas ilegalidades. Sobre a questão, refere Gecivaldo Lacerda Ferreira:

173 Ibidem.

174 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3ª ed., rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

175 REALE apud VENOSA, Silvio de Salvo. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 163-164.

176 Segundo Ugarte: “*En el fervor suscitado por el constitucionalismo de los derechos se olvidaron las advertencias de Kelsen: los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”. Esto es así porque “las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios)” podrían interpretarse “como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal (constitucional) sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable” . Por ello, Kelsen, recomendaba “abstenerse de todo este tipo de fraseología ”* controvertida en las constituciones. UGARTE, Pedro Salazar , Josep Aguiló Regla y Miguel. A. Presno Linera. Garantismo Espurio, Fundación Coloquio Juridico Europeu, Madrid, 2009, p. 16-17.

“O supergarantismo vai além. Somente os intocáveis conseguem lançar mão dele. Aglutina o conjunto de práticas temerárias, interna e faticamente legitimadas sob a forma de exercício das amplas prerrogativas de defesa permitidas dentro do Estado Democrático de Direito. [...] Este supergarantismo, invenção exclusivamente brasileira, com o qual Ferrajoli nunca sequer sonhou, nossos medianos aspiram um dia ter acesso, enquanto que os desafortunados não conseguem nem perceber que o mesmo existe, sendo-lhe negado o direito de pelo menos sonhar com o mesmo. É ele que está na raiz da proteção (atualmente considerada legítima), e impunidade dos poderosos” ¹⁷⁷

4.2. OS CRIMES DO COLARINHO BRANCO

O termo crimes de colarinho branco, ou *white collar crimes*, foi cunhado na década de 1940 para definir os crimes geralmente praticados por agentes de elevados status social e grande poder aquisitivo. No Brasil, comumente refere-se a esses crimes os ilícitos de ordem financeira, tributária e crimes de corrupção e desvio de dinheiro público.¹⁷⁸ Os aludidos crimes, em princípio, não causam impactos diretos às suas vítimas. Seus danos não são aparentes, pois não há perda material ou bem injusto flagrante no ato do seu cometimento, é como se os crimes do colarinho branco fossem crimes *invisíveis*. No caso dos crimes de corrupção e desvio de dinheiro público, embora venha a lesar diretamente à União, causa danos à coletividade, sem uma indireta vítima específica.¹⁷⁹

Os *crimes de empresa*, praticados por meio de empresas aparentemente lícitas, por sua vez, modalidade dos crimes de colarinho, mormente, causam erário ao mercado financeiro, e à economia como um todo, pois suas condutas violam os princípios do livre mercado, minando a livre concorrência, a livre iniciativa e até

177 FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Garantismo penal e impunidade no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13470>>. Acessado em: 22 de setembro de 2018.

178 LEITE, Sara Souza. Os Crimes de “Colarinho Branco”, a Corrupção e a Impunidade no Brasil. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8378> Acesso em: 12 de novembro de 2018.

179 GOMES, Rodrigo Carneiro. O Crime Organizado na Convenção de Palermo. Editora Del Rey. 2008. p.16.

mesmo só direitos do consumidor. Os delitos supracitados não apenas infringem os dispositivos legais, como também ferem fundamentos do Estado Democrático, pois maculam a livre iniciativa e o valor social do trabalho.¹⁸⁰

Os crimes de corrupção e desvio de dinheiro público, por seu turno, são aqueles praticados por agentes que atuam ilicitamente em razão de suas funções públicas ou privadas, a fim de pregar verbas e obter vantagens, dilapidando o patrimônio Estatal e prejudicando toda a coletividade.¹⁸¹ Os crimes de corrupção e colarinho branco normalmente são de difícil detecção, pois envolvem documentação extensa, transações complexas, conhecimentos técnicos e financeiros específicos.

Não obstante a dificuldade em angariar provas consistentes com intuito de processar criminalmente os perpetradores, esses por sua vez, em sua maioria, detêm grande poder aquisitivo, e conforme já exemplificado no subitem anterior, uma vez que dispõe de defesa especializada capaz de causar significativa morosidade à instrução, bem como suscitar diversas ilegalidades com intuito protelatório.¹⁸² Ademais, nas raras situações em que estes criminosos restam condenados em primeira e segunda instância, dificilmente chegam a cumprir a pena privativa de liberdade imposta, pois dispõe de recursos e assistência jurídica e não raramente usufruem dos benefícios de cumprimento de pena diversos aos privativos de liberdade.¹⁸³

4.3. A INTERVENÇÃO MÍNIMA ESTATAL EM CONTRAPARTIDA À SENSACÃO DE IMPUNIDADE E INSEGURANÇA

A intervenção Estatal no âmbito do Direito Penal é demandada somente em circunstâncias nas quais a necessidade de proteção à coletividade e a um bem

180 CONSERINO, Cássio Roberto. Crime organizado e institutos correlatos. Ed. Atlas. São Paulo. 2011. p.27

181 LEITE, Sara Souza. Os Crimes de “Colarinho Branco”, a Corrupção e a Impunidade no Brasil. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8378> Acesso em: 12 de novembro de 2018.

182 Ibidem

183 AMARAL, Gilberto Luiz do e outros. Estudo sobre sonegação fiscal das empresas brasileiras. IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, março de 2009, p.23.

jurídico é elevada. O delito a ser tutelado pelo Direito Penal deve compor injusto grave e denotar alta culpabilidade. Deve ser, em suma, uma infração que merece a sanção penal, na medida em que a não punição do referido injusto gera um mau precedente ao Estado e à sociedade. Como já exposto em capítulo anterior, não se deve incriminar fatos em que a conduta não importe risco concreto ou lesão a nenhum dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem normativa constitucional.¹⁸⁴ O ordenamento positivo deve contemplar restrita previsão de tipos penais e sanções penais, não podendo, de forma alguma, servir de instrumento para utilidades políticas, a fim de satisfazer o clamor público, bem como a pena deve ser limitada e razoável,¹⁸⁵ “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” conforme disposto no art. 59 do Código Penal.

O princípio da intervenção mínima tem como objetivo guiar o legislador, que deve buscar no mundo dos fatos os critérios para tutelar bens jurídicos por meio de legislação criminal, entretanto, a despenalização e a descriminalização desmedida, desprovida de metodologia e ponderação, implicam em severos danos à sociedade. Indubitavelmente, o mais nocivo às instituições legislativas e judiciárias e, principalmente, à população, é a sensação de impunidade. No Brasil, o princípio da intervenção mínima estatal, embora bem observado quando da elaboração das leis penais, não corresponde às necessidades impostas pela realidade. O sistema punitivo brasileiro carece de meios para refrear o intento criminoso. A punição de culpados por crimes é uma das pedras fundamentais de qualquer sociedade organizada.¹⁸⁶ Em nosso país, a escalada da violência a níveis surreais gera forte clamor social por medidas que visem o implemento do aparato repressivo e punitivo do Estado, clamor este não fundado em mera sanha punitiva ou interesse político. O clamor da sociedade funda-se na absoluta sensação de medo e insegurança propagada entre a população, bem como o razoável temor pela integridade física e

184 MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, 16. ed. rev, atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 119-120

185 *Ibidem*, p. 120.

186 LUPO, Fernando Pascoal, *Criminalidade e Impunidade. Regresso Social*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/MFN%3D49310.pdf> Acesso em: 21 de novembro de 2018.

de seus bens. Conforme o Índice de Progresso Social de 2014, estudo elaborado pela *Massachussetes Institute Technology*, o Brasil ocupa a 12ª posição entre os países mais inseguros do planeta, ficando atrás apenas de *narcoestados* e países historicamente devastados por guerras civis.¹⁸⁷

Fator determinante para sensação de impunidade muito bem justificada que permeia a sociedade brasileira, além de fatos socioeconômicos e desenvolvimento intrínsecos à criminalidade, é a baixa eficiência do Estado em investigar, processar e punir criminosos, e aqueles que por ventura processados e condenados, restam agraciados por penas inadequadas e obsoletas, bem como favorecidos pelos benefícios previstos em lei. A certeza da ineficácia Estatal no que diz respeito a incapacidade em punir exemplarmente os autores de graves injustos é determinante quando da autoria destes, pois, conforme brocardo *Impunitas peccandi illecebra*, a impunidade estimula a violência. Conforme estudos realizados pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) juntamente com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2015 foram registrados em 59.068 homicídios¹⁸⁸, números alarmantes que conferem elevadíssimo receio à sociedade.

Embora a criminalidade intensa e a incapacidade Estatal em refreá-la gerem efeitos gravíssimos no moral e na sensação de medo da sociedade, a corrupção, por sua vez, de maneira ainda mais contundente diversos setores e instituições do país.

A corrupção, principalmente na esfera pública, distorce a maneira a sociedade enxerga as instituições, as quais após inúmeros escândalos carecem de crédito e deferência.

A fim de estancar as práticas criminosas, bem como refrear os impulsos delitivos dos agentes criminosos, faz-se necessária a atuação consistente do Estado nestas questões. É preciso promover uma revisão de preceitos constitucionais, bem

187 G1, Brasil é o 11ª País Mais Inseguro do Mundo no Índice de Progresso Social. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/brasil-e-o-11-pais-mais-inseguro-do-mundo-no-indice-de-progresso-social.html>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

188 IPEA, Atlas da Violência 2017 Mapeia os Homicídios no Brasil. Disponível em : http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253. Acesso em 24 de novembro de 2018.

como, da legislação penal, processual penal e execução penal, com o propósito de desestimular as práticas delitivas por meio do exemplo¹⁸⁹. Da mesma maneira, fundamental o implemento do aparato policial e de investigação para que toda a sorte de criminosos seja trazida à Justiça. A mudança da cultura da impunidade é determinante na luta contra a escalada da violência e, conseqüentemente, no apaziguamento da sensação de impunidade.

189 LUPO, Fernando Pascoal, Criminalidade e Impunidade. Regresso Social. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/MFN%3D49310.pdf> Acesso em: 21 de novembro de 2018.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o conteúdo já examinado, e considerando-se que as garantias outorgadas aos cidadãos com fundamento nos princípios do Garantismo Penal, não obstante os vícios as quais estão sujeitas, se fazem ainda imprescindíveis ao Direito Penal, compreende-se a necessidade de elaboração e implementação de técnicas aptas a garantir a utilização dos princípios e institutos jurídicos referidos conforme a intenção do legislador.

A análise do Garantismo Penal em sua totalidade pelos legisladores e pelos aplicadores da lei, constitui importante meio para evitar a distorção da doutrina garantista. Ademais, impede a fragmentação da mesma, com o fito de bem preservar as garantias concedidas aos cidadãos com o objetivo de preservar o bem estar do Estado Democrático de Direito.

As distorções e fragmentações dos princípios do Garantismo Penal e do próprio Garantismo Penal restam por causar malefícios ao deslinde do processo penal, o que, por sua vez, provoca na sociedade civil brasileira como um todo, danosa sensação de impunidade. Os benefícios com os quais certas classes sociais são agraciadas, bem como os meios de que dispõem de determinados princípios garantistas a fim de praticar crimes impunemente, devem ser combatidos à luz da interpretação da lei tal qual elaborada pelo legislador, com o rigor, considerando as necessidades da sociedade em punir exemplarmente criminosos, bem como tornar eficaz o caráter intimidatório da legislação penal.

Finalmente, a mitigação dos dispositivos legais em face da utilização de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados, utilizados com o intuito de servir como garantia de direitos constitucionais, deve ter sua aplicação sopesada no contexto atual, no qual o Estado não só é garantidor das liberdades individuais dos indivíduos processados na esfera penal, é também garantidor de direitos conferidos à sociedade como um todo e devem ser observados e protegidos com mesmo afinho.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. A Política. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BODIN, Jean. Os Seis Livros da República: livro primeiro. São Paulo: Ícone, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial; 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008
- CONDE, Muñoz. Derecho Penal y control social, Sevilla, Fundación Universitaria de Jerez, Madrid, 1985.
- CONDE, Muñoz. Teoria Geral do Delito, trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

DAL RI, Luciene . A construção da cidadania no Brasil: entre Império e primeira República. Espaço Jurídico, São Paulo: ícone, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 14.ed. São Paulo: Saraiva,1989.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2 ed. Rev.,atual. E aum. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOTTI. René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO PACHECO SOBREIRA, Walkis. Supergarantismo brasileiro: instrumento retórico da impunidade. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.588516>> Acessado em 12/11/2018.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)?. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html> Acesso em: 10/11/2018

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. org.

Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. – Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Prefácio à 1ª edição. In: ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: 150 parte geral. – 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

G1, Brasil é o 11ª País Mais Inseguro do Mundo no Índice de Progresso Social. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/brasil-e-o-11-pais-mais-inseguro-do-mundo-no-indice-de-progresso-social.html>. Acesso em: 23/11/2018.

IPEA, Atlas da Violência 2017 Mapeia os Homicídios no Brasil. Disponível em : http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253. Acesso em 24/11/2018.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte geral, Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal: 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio de. Direito Penal, Volume 1: Parte Geral. 26. Ed. Rev. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2003.

PINTO FERREIRA JÚNIOR, Nilo. O Princípio do Pluralismo Político e a Constituição Federal. Disponível em: <http://capa.tre-rs.jus.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF> Acessado em: 21/11/2018

KRAMER, Íris. Considerações Sobre o Estado Democrático de Direito e os Fundamentos da República Federativa do Brasil. Revista Jurídica, 2003 [acessado em 14 de Novembro de 2018]. Disponível em: <<http://www.minerva.uevora.pt/internet-segura/>> Acesso em: 21/11/2018

LEITE, Sara Souza. Os Crimes de “Colarinho Branco”, a Corrupção e a Impunidade no Brasil. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8378> Acesso em: 12/11/2018.

LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

LUPO, Fernando Pascoal, Criminalidade e Impunidade. Regresso Social. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/MFN%3D49310.pdf> Acesso em: 21/11/2018.

MARQUES, Nany Papaspyrou. Do Garantismo Integral ao Garantismo à Brasileira: Ensaio Sobre o Modo do Garantismo Hiperbólico Monocular e Seus Reflexos no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180424-03.pdf>> Acesso em 27 de novembro de 2018.

MARQUES, Nany Papaspyrou. Do Garantismo Integral ao Garantismo à Brasileira: Ensaio Sobre o Modo do Garantismo Hiperbólico Monocular e Seus Reflexos no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180424-03.pdf>> Acesso em: 21/11/2018.

MATSUMOTO, Katsutoshi. O Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.33, São Paulo. 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, 16. ed. rev, atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., Código Penal Interpretado, 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Dos pressupostos processuais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3ª ed., rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. - 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2016.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: ed. RT, 2005.

REALE apud VENOSA, Silvio de Salvo. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2004.

RIBEIRO, Josuel Stenio da Paixão. Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau Prisma Jurídico, vol. 16, núm. 1, São Paulo 2017.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Direito penal. Curso completo. Parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os Critérios da Culpa e da Prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Cidadania é Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. n.2. São Paulo, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo, 2000.

ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUIVO, Marcelo Almeida. O Fundamento e as Finalidades da Pena Criminal: a Imprecisão das Doutrinas Absolutas e Relativas. RBCRIM Vol. 121, São Paulo, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos Direito penal : parte geral I. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de direito penal: Parte Geral. 6ª ed. Curitiba: Editora ICPC, 2014 ICPC. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal, parte general. Ediar: Buenos Aires, 1977.