

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

GUILHERME REIS DE REZENDE

**O POPULISMO PUNITIVISTA E A LEGITIMIDADE DO ESTADO
PARA PUNIR**

Juiz de Fora

2016

GUILHERME REIS DE REZENDE

**O POPULISMO PUNITIVISTA E A LEGITIMIDADE DO ESTADO
PARA PUNIR**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Mestre Leandro Oliveira Silva.

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

GUILHERME REIS DE REZENDE

O POPULISMO PUNITIVISTA E A LEGITIMIDADE DO ESTADO PARA PUNIR

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Mestre Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Mestre Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Natália Cristina Castro Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 26 de fevereiro de 2016

AGRADECIMENTOS

A caminhada até aqui se mostrou mais difícil do que o esperado, todavia, o apoio de pessoas muito especiais fez com que eu pudesse vencer mais esta etapa, e agora, torna-se imperioso compartilhar esta conquista com aquém de direito.

À Deus agradeço as infinitas graças e bênçãos sobre mim derramadas a cada dia, e por ter permitido que tudo isso não permanecesse estático no plano dos sonhos e assim se concretizado.

Aos professores, fontes imediatas de saber e inspiração, pelo brilhantismo demonstrado ao decorrer do curso, em especial ao grande Mestre Professor Leandro, que além de compartilhar seu imenso saber jurídico mostrou-se de relevante importância na condução/orientação deste trabalho e despertou em mim o interesse pelo Direito penal, principalmente no que tange aos ideias garantistas.

A minha mãe Rita, por sempre estar ao meu lado, vivenciando de perto todas as batalhas, por ser meu porto seguro e minha maior fonte de inspiração; aos meus avós Maria e Durico (in memoriam) meu agradecimento mais que especial, pelo amor incondicional e pela participação efetiva de minha formação.

Aos amigos Hiorrana, Reinaldo, Gleiciele, Gleiciane e Priscila, pelo companheirismo e solidariedade nestes anos de academia. À amiga Cristiana Ribeiro, por todos os debates, políticos ou não, mas que se mostraram essenciais para meu crescimento. Leonardo, Lidiane e Carol, agradeço a vocês pela irmandade e compreensão durante este período. Por fim, mas não menos importante, agradeço aos amigos de república, Paulo Fernando, Paulo Careli (Paulinho), Breno e Pedro, por todo o incentivo, motivação, desconstruções de paradigmas e pela convivência, que contribuiu significativamente para a realização deste trabalho.

Agradeço a todos os familiares e amigos que a sua maneira contribuíram para que eu chegasse até aqui e trilhamos comigo esse longo e gratificante caminho de aprendizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

“A força do direito deve superar o direito
da força”

Ruy Barbosa

RESUMO

Na sabedoria popular, a pena existe tão somente para retribuir o mal causado por um indivíduo a outrem. Entretanto este instituto do Direito Penal apresenta outros dois vieses que, ao lado da retribuição, buscam satisfazer tanto os interesses daquele que foi sentenciado e então iniciará o cumprimento de sua pena, quanto àquele que teve sua esfera de direitos tangenciada de modo agressivo. Deve-se no entanto ressaltar que a pena deve sim resguardar seu caráter de punição, todavia, sem esquecer que a mesma deve ser apta a prevenir que mais direitos sejam lesados e que o indivíduo punido deve ser reintegrado à sociedade. Ainda neste sentido, deve-se ressaltar, que antes do dever de punição, detém o Estado a obrigação de agir de modo a prover condições dignas de vida ao indivíduo, sob esta perspectiva, é lógico que se questione: então seria o Estado legitimado a punir? Este questionamento é de grande relevo para os dias atuais, haja vista que cada vez mais a população exige maior atuação estatal no sentido de repreender aqueles que agem contrariamente aos ditames legais, acontece, no entanto, que esse mesmo ativismo popular não se observa quando se fala em efetivação de direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional. Busca-se com esse trabalho, fazer uma análise destas garantias e direitos garantidos a todos, bem como de princípios garantistas em contraposição a legitimação, ou não, do Estado em punir esses indivíduos. Observando, primeiramente, que é dever estatal zelar pelas garantias fundamentais e dessa forma prevenir, ou ao menos evitar que o mundo da criminalidade seja a única opção viável, passando por um breve exame acerca do populismo punitivista, seu conceito, contexto histórico e aplicação no caso brasileiro.

Palavras chave:Garantismo. Estado. Direitos Fundamentais.Populismo. Legitimidade.

ABSTRACT

By the conventional wisdom, the penalty exists only to repay the harm caused by one individual to another. However, this institute criminal law has two biases that, alongside with the retribution, seek to satisfy both the interests of the one who was sentenced and then begin the execution of his sentence, as one who had his rights aggressively limited. After all, it must point out that the penalty should protect his character of punishment, however, without forgetting that it must be able to prevent that more rights are adversely affected and that the individual punished should be reintegrated into society. For this same purpose, it should be noted that before the duty of punishment, the State holds the obligation to act in order to provide decent living conditions to the individual, from this perspective, it is logical to question: then would the state be legitimated to punish? This question is of great relevance to the present days, considering that the population demands more and more state action in order to reprimand those who act contrary to legal dictates, it happens, however, the same popular activism is not observed when enforcing rights and fundamental guarantees provided by the Constitution comes up. It is sought with this work, to make an analysis of these guarantees and guaranteed rights to everyone, as well as rights principles as opposed to the legitimation, or not, of the state to punish those individuals. Noting, at first, that the state must ensure fundamental guarantees and thus prevent, or at least avoid the crime world to be the only viable option, through a brief survey about populism that wants to elevate punishment level, its concept, historical context and application in Brazilian case.

Keywords: Guaranteeism. State. Fundamental rights. Populism. Legitimacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1 Histórico	11
1.2 Características dos Direitos Fundamentais	12
1.3 O Brasil como Estado Democrático de Direito e suas bases e garantias fundamentais	13
1.4 Princípios garantistas na Constituição de 1988	15
1.4.1 Princípio da Legalidade	15
1.4.2 Princípio da Humanidade das Penas	16
1.4.3 Princípio da Responsabilidade Social	16
1.4.4 Princípio da Lesividade	17
1.4.5 Princípios do Contraditório e Ampla Defesa	17
1.4.6 Princípio da Proporcionalidade	17
1.5 A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e o dever de proteção do Estado	18
2 Garantismo Penal	21
2.1 Histórico	21
2.2 Preceitos fundamentais	24
2.2.1 Limites do garantismo no momento de aplicação da pena	25
2.3 O garantismo e seu papel contra majoritário	28
3 O Populismo Punitivista	30
3.1 Introdução	30
3.2 Populismo penal: conceitualização	31
3.3 Os contornos atuais do populismo punitivista	32
4 A LEGITIMIDADE DO ESTADO PARA PUNIR E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	34
4.1 Aumento da criminalidade	35
4.2 Despreparo Policial	36
4.3 Morosidade do judiciário	37
4.4 Falência do sistema penal	38
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo fazer uma breve análise dos dispositivos constitucionais asseguradores de direitos e garantias fundamentais, bem como da teoria garantista (direito penal mínimo), basimentada no ideal de que seria o direito penal a última *ratio*, abordando ainda a questão do populismo punitivista e também fazer um exame acerca da legitimidade do Estado em punir os indivíduos infratores.

Neste sentido, inicia-se a presente investigação com um estudo sobre os direitos fundamentais, buscando trabalhar, mesmo que superficialmente, sua evolução histórica, sua conceitualização e as características desses direitos, que de tão relevantes são colocados em posicionamento privilegiado em nosso ordenamento, a saber, na Constituição Federal. Trazendo ainda o que representa esses direitos para nosso país enquanto Estado Democrático de Direito, onde se galga tal status em princípios como dignidade de pessoa humana e pluralismo político.

Dando continuidade, reporta-se ao arcabouço teórico de sustentação da ideologia garantista, retomando-o desde sua gênese edificada no iluminismo, passando pelos preceitos essenciais compilados na década de 1990, por Ferrajoli, e que compõem, atualmente, o eminente sustentáculo em termos de garantismo na esfera penal.

Preocupou-se também em realizar um histórico sobre o populismo punitivista, buscando embasamento doutrinário para conceitua-lo, sua evolução e os contornos que ele assume na conjuntura dos presentes dias, abordando seus parceiros, seus ideais, e a problemática trazida por este movimento.

Superado a fase em que se conceituaram os principais pontos e o momento em que se situou o Estado brasileiro como Democrático de direito e quais as reverberações dessa condição, buscou-se analisar o contexto de crise, estrutural e institucional do nosso sistema penal, com ênfase na estrutura penal pátria que se mostra ineficiente, abordou-se quatro pontos falhos, a saber, o aumento da criminalidade, o despreparo policial, a morosidade do judiciário e a falência do sistema prisional.

Delineado todo esse panorama sócio jurídico se tornou possível examinar minuciosamente a questão da legitimidade do Estado para punir, e como os movimento denominado populismo punitivista bem ganhando cada vez mais força e corroborando para a deslegitimação do Estado.

Sobre as técnicas de pesquisa utilizadas escolheu-se pela documentação indireta, mormente através de pesquisa bibliográfica e de artigos com temáticas pertinentes a este estudo, recorrendo-se a fontes da doutrina nacional.

O trabalho pretende demonstrar como o garantismo penal é uma opção válida ao constante desrespeito pelos direitos e garantias fundamentais por parte do Estado, e que deve-se resguardar uma esfera mínima de garantias.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Histórico

Os direitos fundamentais possuem relevância para o mundo jurídico mesmo antes de sua positivação, isso porque, eles estão presentes no momento de constituição e organização das sociedades. Não obstante, deve-se incorporá-los à ordem jurídica, fenômeno que ocorrerá por meio da positivação, neste ponto, torna-se imperioso destacar, que tais direitos devem ser postos não apenas na legislação ordinária, mas em local de destaque, com assento constitucional, pois como nos ensina o brilhante doutrinador português J. J. Canotilho:

Sem esta positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*). (2003, p.377).

A incorporação destes direitos cadenciará na devida proteção dos direitos mediante controle constitucional, sendo assim, observa-se que a interpretação e aplicação deles dar-se-á como normas jurídicas vinculantes, para J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 378) “a categoria de ‘fundamentalidade’ (Alexy) aponta para a especial dignidade proteção dos direitos num sentido formal e material”.

Insta salientar que não se observa com total clareza uma linearidade no que tange ao processo histórico/evolutivo dos direitos fundamentais, mas ao contrário, destacam-se dois marcos, a saber: *Virginia Bill of Rights*(12/06/1776) e a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*(26/08/1789), anterior a tais períodos, nota-se certa omissão quanto a temática, a *posteriori*, há um movimento de maior valorização dos direitos fundamentais, a exemplo dos processos de constitucionalização e fundamentalização.

Mesmo com o reconhecimento de sua relevância, nem sempre os direitos fundamentais foram elementos de relevo para a sociedade, se retomarmos a antiguidade clássica, por exemplo, observaremos que, por exemplo, para Platão e Aristóteles, situações como a escravidão era situações naturais.

O pensamento, no entanto, acaba evoluindo, e, considerando-se a natureza biológica, de quais todos os seres humanos comungam, percebe-se a aproximação do ideário de liberdade natural e humanidade, conceitos que estavam adstritos, no entanto, à uma limitação

territorial. É somente com o pensamento estóico que se rompe com as referidas limitações territoriais e passa-se, então, a se pensar de modo universalizado.

Desde então, as mudanças tem sido constantes, passando pela secularização do direito natural, concessão das *Magnas Cartas* (documentos concedidos por reis aos vassallos, neles continham além dos direitos estamentais algumas liberdades individuais), tolerância religiosa etc.

1.2 Características dos Direitos Fundamentais

Superado este momento de breve explanação acerca da historicidade (evolução) dos direitos fundamentais, deve-se prezar pela conceituação, embora este processo tem-se mostrado dificultoso.

A *priori*, é preciso deixar claro que as expressões direitos fundamentais e direitos humanos não se confundem, não obstante, estes termos sejam frequentemente utilizados como sinônimos, cumpre portanto esclarecer que direitos fundamentais são aqueles que estão positivados na ordem constitucional de determinado território, num determinado período, a seu turno, os direitos do homem traduzem-se como aqueles que rompem com as barreiras de espaço e tempo e integram o patrimônio subjetivo de cada indivíduo.

Após essa tentativa de se conceituar os direitos fundamentais é importante que se faça uma análise, breve de suas principais características. A partir da leitura sobre o que seriam os direitos fundamentais, é possível concluir que eles seriam absolutos e dotados de universalidade. No entanto, algumas ressalvas mostram-se pertinentes, e a partir delas podemos ver a verdade que estes dois atributos podem ser mitigados, quanto ao caráter de universalidade deve-se atentar que nem todos os direitos fundamentais se aplicam a todo e qualquer pessoa, como é o caso dos direitos referentes aos trabalhadores. Quanto ao caráter absoluto hoje é voz pacífica em nosso ordenamento que os direitos fundamentais podem sofrer restrições por outros direitos fundamentais, ou ainda outros elementos valorativos de cunho constitucional, para ilustrar tal situação podemos tomar como exemplo o direito à vida que é limitado pela previsão de pena de morte em casos excepcionais – inciso XLVII, a, do art. 5º, CF.

O fato de não serem, os direitos fundamentais, de caráter absoluto, significa que eles não podem ter seu conteúdo valorado a qualquer tempo e em qualquer lugar, o que nos remete a próxima característica, sua historicidade, o que nos leva a concluir que os direitos fundamentais configuram uma série de instituições e faculdades que para serem dotados de

sentido devem estar inserido em determinado contexto histórico. A historicidade desses direitos apresenta caráter o evolutivo dos mesmos, haja vista que eles podem ser proclamados em determinados períodos e desaparecer nos momentos posteriores, ou ainda sofrer algum tipo de modificação.

Diz-se que os direitos fundamentais são inalienáveis, e isso significa que “a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de que o titular do direito nela consentir” (MENDES, BRANCO, COELHO, 2010). Deve-se falar também da característica da indisponibilidade, esta, também sofre mitigação, uma vez que não existem impedimentos para que o exercício de determinados direito fundamentais sofra limitação em nome de um fim com apreço constitucional.

Uma outra característica que merece ser observada é o fato dos direitos fundamentais se encontrarem consagradas em regime de ordem jurídica – constitucionalista – servindo de marco diferenciador das expressões direitos fundamentais (direitos que interagem com a colocação de cada pessoa contida nos ordenamentos interno dos Estados) e humanos (direitos que resguardam a pessoa humana asseguradas em documentos internacionais).

A constitucionalização é de grande importância, haja vista que as normas que os amparam impõe-se a todos os poderes, desde todos os constituídos até o poder reformador.

Fundada na constitucionalização tem-se a vinculação dos poderes públicos, que gera limitação dos poderes constituídos, uma vez que os direitos fundamentais encontram-se assentados no corpo da Constituição. As decisões e atos dos poderes constituídos devem ser consoantes aos direitos fundamentais, resultando em invalidade nos casos de desrespeito.

Aceita a primordialidade e essencialidade dos direitos fundamentais, é inadmissível conceber a ideia de que para que haja sua efetivação deva para tanto ocorrer regulamentação dos mesmos por parte do legislador, ou numa hipótese ainda mais negativa, que tais direitos sejam letra morta. Fala-se, portanto, da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, característica trazida expressamente no § 1º do art. 5º da Constituição “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Todavia, é importante frisar, que, assim como mencionado supra, os direitos fundamentais não são absolutos, mas ao contrário, são passíveis de sofrerem restrições pelos próprios direitos fundamentais, algumas normas fundamentais não são autoaplicáveis e estão condicionadas à hermenêutica legislativa. Por essa razão, a doutrina considera o dispositivo do § 1º do art. 5º, CF, como uma norma-princípio, o que determina uma norma de otimização.

1.3 O Brasil como Estado Democrático de Direito e suas bases e garantias fundamentais

Como se sabe, a República federativa do Brasil firma-se, verdadeiramente, como Estado Democrático de Direito quando a década de 1980 aproximava-se do fim, isso graças a promulgação de nossa Carta Magna em outubro de 1988, vigente até os presentes dias. Neste sentido, insta salientar que este posicionamento é sedimentado, entre outros, na dignidade da pessoa humana e pluralismo político, assim como expresso nos incisos III e V do artigo 1º do diploma constitucional.

Isso é de especial relevância quando se fala das possíveis interpretações e compreensões que venham a ser extraídas da Constituição, haja vista que todas elas devem se pautar no respeito à pessoa humana, tida como elemento estruturante, representando o arcabouço fundamental e político que constituem o Estado, sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico.

Mesmo a definição de “dignidade da pessoa humana” seja elemento costumeiro nos trabalhos e discursos jurídicos, não apenas na esfera penal, imperioso é que se resgate sua ideia originária, de raízes kantianas, onde se reconhece tal preceito como valor supremo que por sua vez atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Este valor, como consequência, obriga uma densificação valorativa, levando em conta seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, nem tampouco invoca-la para construir a teoria do núcleo de personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Só assim o pensamento jurídico-penal poderá se aproximar de seus fins garantistas.

No que diz respeito à invocação do pluralismo político como elemento de base do nosso Estado Democrático de Direito, demonstra uma opção do constituinte vem dar valor a diversidade social, destinando mais atenção aos grupos étnicos, culturais, etc., que mesmo representando a minoria no seio de uma sociedade democrática, onde a vontade reinante tende a ser a da maioria, merecem receber tratamento respeitoso, estando o Estado atento a seus reclamantes. Deste modo, funda-se, um Estado em que a maioria é dominante, mas em que há respeito integral às minorias. Este entendimento desmistifica a ideia dominante no senso comum de uma sociedade unitária, pautada em valores e conceitos pré-constituídos, aceito por todos como verdadeiros, já que do ponto de vista social existe coesão solidária, o que gera estabilização da sociedade.

A dignidade da pessoa humana e o pluralismo político são de singular importância, todavia, além deles, encontramos dispostos na Constituição Federal diversos outros direitos e

garantias fundamentais que servem como norte de interpretação e constituem a finalidade última de um Estado que se pretende Democrático de Direito.

A aclamação desses direitos, inclusive no que tange ao âmbito penal, inaugura no ordenamento brasileiro a adoção das concepções minimalistas, pois faz com que as regras básicas a serem seguidas pelo legislador ordinário, assim como a atuação do aplicador da lei, sejam orientadas por princípios limitadores do poder punitivo do Estado, elevando o homem a “bem maior”, que deve ser protegido e resguardado, voltando os olhos do estado à parte mais frágil da relação jurídico penal, que no momento da aplicação e da execução da pena é o infrator.

Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, que aglutinou em seus mandamentos os preceitos de um Estado de Direito, preocupado em fornecer aos cidadãos direitos e garantias fundamentais, o ordenamento brasileiro incorporou os principais axiomas garantistas, aproximando nosso sistema penal de um sistema penal mínimo, assim como Ferrajoli preconiza em sua obra “Direito e Razão”.

É o que se observa quando se examina as garantias e princípios fundamentais adotados implícita ou expressamente adotados por nossa Constituição, sobretudo nos seus artigos 1º a 5º, em que se torna evidente a preocupação do constituinte de proteger a esfera de liberdade individual, determinando limites ao exercício de punir do estado, pois se reconhece a necessidade de proteger o indivíduo infrator, como meio de evitar a violência estatal.

1.4 Princípios garantistas da Constituição de 1988

1.4.1 Princípio da Legalidade

Consagrado pela Consagrado pela Constituição no inciso XXXIX, art. 5º “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, o princípio da legalidade é um importante meio de limitar a atuação do Estatal, além de garantir segurança jurídica aos cidadão e há o preterimento do Poder Legislativo em relação aos demais poderes. Este princípio determina limitações de cunho formal e material ao poder de punição do do estado.

A primeira inferência é que somente lei poderá tratar de matéria penal, que deverá ser promulgada seguindo os procedimentos adequados. É prerrogativa estatal determinar - por meio da atividade legiferante – estabelecer quais condutas serão consideradas como crimes ou contravenções, bem como as sanções a elas culminadas.

Sendo assim, qualquer outra forma de instituir crimes ou penas, que não por meio das leis, como por exemplo, portarias, decretos ou ainda medidas provisórias, nascerão maculadas com o vício da inconstitucionalidade, mesmo que estes atos normativos sejam embasados por costumes ou analogias. Contudo, permite-se que esses meios tratem do conteúdo penal, mas por um outro aspecto, como por exemplo a concessão de benefícios. Quanto as leis que criam os delitos é importante que estes atos normativos sejam dotados de clareza e taxatividade.

Ouros dois corolários ao princípio da legalidade são anterioridade – que traz a ideia de que só será crime as condutas que, à época já era tipificada como crime – e a irretroatividade da lei penal, garantindo que as novas leis não se apliquem aos casos pretéritos, exceto nas situações que elas possam conceder algum benefício.

1.4.2 Princípio da Humanidade das Penas

Este princípio apresenta íntima ligação com o Princípio da dignidade da Pessoa Humana, considerado um dos principais princípios do estado democrático de Direito, que representa o ponto principal do resguardo das garantias fundamentais. Ambos encontram-se edificado no inciso III do art. 1º da Constituição “1º A 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: III - a dignidade da pessoa humana;”. Este princípio preocupa-se em garantir que o indivíduo submetido ao cumprimento de uma pena tenha sua dignidade reduzida, proibindo a fixação de penas de caráter vexatório, intimidatório ou degradante, que possam impossibilitar sua ressocialização ou gerar sofrimento excessivo. As penas que desrespeitem este princípios e suas condições carecem de constitucionalidade

1.4.3 Princípio da Responsabilidade Social

Para análise desse princípio é necessário analisar o disposto pela Constituição no inciso XLV do art. 5º “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;” extrai-se da ai a individualização das penas, deve-se ainda, apurar se a conduta do agente foi dolosa ou culposa, haja vista que, um sistema penal que não se preocupe em aferir se as condutas são consequências volitivas ou não demonstraria imensa arbitrariedade, responsabilizando fatos que não foram decorrentes exclusivamente da vontade.

1.4.4 Princípio da Lesividade

Há aqui o impedimento de tipificar como criminosas as condutas que não tangenciem, gravemente, algum bem jurídico. Este princípio é fruto de elucubração e hermenêutica constitucional, pois não se encontra explicitado no corpo da Lei Maior. Os direitos à intimidade e a vida privada nos levam a crer que o direito só poderá ser utilizado como instrumento limitador quando a conduta individual for lesiva, porque as ações imorais cujo o interesse é individual não são passíveis de intervenção estatal.

1.4.5 Princípios do Contraditório e Ampla Defesa

Esculpidos pela Constituição no inciso LV do art. 5º são importantes mecanismos de defesa do indivíduo, cabe dizer que eles não se confundem, enquanto o contraditório pode ser, rasamente, definido como a possibilidade de equiparar os envolvidos no processo no tocante as oportunidades de participação, garantindo assim efetivação do direito a defesa. Por sua vez a ampla defesa é a possibilidade de se esgotar os meios jurídicos e lícitos capazes de atingir o objetivo do réu. Estes princípios garantem a dualidade de partes no processo, determinando que o acusado tenha voz ativa e possa fazer uso dos atributos que julgar pertinente para realizar sua defesa e comprovar sua inocência, graças a ele, fica o estado impedido de atribuir sanções unilateralmente.

Estreitamente ligado a este princípio, deve-se falar também, da garantia constitucional do devido processo legal, impondo que antes que se imponha uma sanção a alguém a pessoa possa exercer sua defesa em um processo que obedeça a todas as etapas previstas em lei.

1.4.6 Princípio da Proporcionalidade

Ensina-nos Alexy (1997) que o princípio da proporcionalidade constitui uma incumbência de otimização do respeito a todos os direitos e garantias fundamentais. Apresenta três corolários, o da necessidade, o da adequação e o da necessidade em sentido estrito. Este princípio abrange não apenas a esfera penal, mas deve ser observado e respeitado por todos os ramos do Direito.

Sobre a necessidade, ressalta-se que a aplicação de uma pena só é justificada em situações de extrema necessidade, que venha garantir segurança aos demais cidadãos, já que é uma intervenção altamente grave na esfera individual. Acerca da adequação, deve-se observar

se a medida é que mostra maior capacidade de alcançar os objetivos, a partir de uma relação entre o meio (direito penal) e o fim que se busca (prevenção de delitos). Já a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, é a relação entre a sanção aplicada e o crime cometido, devendo-se ponderar entre o grau de limitação dos direitos com a pena aplicada e o propósito das penas em questão.

Cabe ainda destaque para a decorrência do princípio do *non bis in idem*, que proíbe a dupla punição. Fala-se, também, no princípio da insignificância, onde o o Estado fica impedido de tutelar condutas irrelevantes para o mundo jurídico, mesmo sendo condutas típicas.

Em suma, o princípio da proporcionalidade almeja a proibição do excesso quando da aplicação da sanção penal.

1.5 A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e o dever de proteção do Estado

O paradigma do estado Democrático de Direito, estabelecido em 1988 pela Constituição, impôs renovados traços ao Estado, o qual passou a ser compreendido como um estado secular comprometido com o resgate das promessas de modernidade, ou seja, vinculado à realização dos direitos fundamentais (direitos humanos consagrados no texto constitucional). A partir de então, todos os atos do poder estatal passaram a ter legitimidade conferida por sua compatibilidade com vínculos, sejam formais sejam materiais, com os dispositivos constitucionais, entendendo-se o direito como um sistema de garantias do cidadão contra a ingerência do Estado na sua esfera de liberdade, constituindo, ainda, fonte de obrigaçõesno que se refere aos direitos sociais e prevenção dos direitos humanos de terceira geração.

Cabe neste momento fazer um esclarecimento acerca da expressão “fundamentais”, no entendimento do renomado autor José Afonso da Silva (2003), tal termo traz indicações de situações jurídicas sem as quais a pessoa não se realiza, não convive e as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não só formalmente reconhecidos, mas também concreta e materialmente efetivados. Direitos fundamentais representam, logo, aqueles elevados pelo legislador constituinte, expressa ou implicitamente, à categoria de indispensável aos indivíduos.

Simultaneamente, constituem, elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva e direitos subjetivos. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Já na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos

fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. (MENDES, 2000).

Assim como observa o brilhante constitucionalista Canotilho, quando da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais:

Com esta ideia de fundamentação subjectiva procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o *indivíduo*, para seus interesses, para a sua situação da vida, para a liberdade. [...]

Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta <<fundamentaçãoobjectiva>> que se pretende salientar quando se assinala à n<<liberdade de expressão>> uma <<função objectiva>>, um <<valor geral>>, uma <<dimensãoobjectiva>> para a vida comunitária (<<liberdade institucional>>) (CANOTILHO, 1993, p.535).

O fato de existir uma compreensão objetiva dos direitos fundamentais, que constitui consenso entre os constitucionalistas e no meio doutrinário em geral, não gera espanto. À vista disso, em 1958, o Tribunal Constitucional Federal alemão consignou que a função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra os atos do poder público (concepção tradicionalista acerca dos direitos fundamentais), não deve limitar os direitos fundamentais, mas sim constituir, decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia que abranja todo o ordenamento jurídico e que forneça diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos (SARLET, 2005).

Insta salientar que ao se falar dos direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva não está a compreendê-los como simples reversos dos direitos subjetivos, como se fosse necessária uma correspondência entre os mesmos. Os direitos fundamentais em seu viés objetivo exerce função autônoma que transcende sua face subjetiva.

Ainda sobre a compreensão dos direitos fundamentais em sua concepção objetivo-valorativa é importante destacar sua eficácia dirigente (SARLET, 2005) exercida pelos mesmos exercida pelos órgão estatais, como também pelos direitos subjetivos, como por exemplo, o direito de liberdade. As previsões constitucionais concernentes aos direitos fundamentais transmitem ao Estado um mandamento constante de realização e concretização, criando, assim, obrigações positivas.

Para além de um dever de implementação de direitos, como os sociais, a concepção que identificam os direitos fundamentais como princípios objetivos sobreleva o dever geral de

efetivação atribuído ao Estado na condição de deveres de proteção, no sentido de que cabe a ele selar, também, preventivamente, pelo resguardo dos direitos fundamentais dos indivíduos contra a agressão dos poderes públicos, mas também, contra agressões oriundas de particulares, consubstanciando a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela.

Ante o exposto, percebe-se que ao mesmo tempo que o Estado apresenta uma atuação limitada com relação aos indivíduos, não podendo romper as barreiras de limitação que são impostas pelos direitos fundamentais, cabendo também a ele a implementação e proteção de tais direitos, impedindo, de modo preventivo ou repressivo, o desrespeito e a violação dos mesmos por parte de terceiros, haja vista a própria eficácia horizontal dos direitos fundamentais, elucidativa no sentido de que os direitos fundamentais também são passíveis de violação por particulares, e não apenas pelo Estado.

2 GARANTISMO PENAL

2.1 Histórico

Pode-se dizer, numa visão mais amplificada, que o Garantismo constitui uma ideologia, e carrega consigo uma nova forma de refletir sobre a sociedade e a relação estabelecida entre o Estado e o indivíduo-cidadão, tal concepção não se limita tão somente ao campo do direito, mas ao contrário, adentra o campo das demais ciências sociais.

Objetivando uma melhor compreensão do ideário garantista é mister voltar a raiz do pensamento humanista, sem deixar de passar pelo momento de propagação da influência contratualista nas Ciências Penais, ponto reconhecido como início do pensamento garantista. Neste cenário importantes nomes podem ser destacados, como Beccaria, bem como Feurbach e Marat, cabendo a ressalva de que aquele autor é de relevo na chamada Escola Clássica, que posicionou-se avessa ao pensamento jurídico-penal do período medieval.

A pluralidade de autores que compunham a Escola Clássica resultou numa subdivisão da oposição supra, isso em função do posicionamento de cada um dos jus-penalistas integrantes do movimento. No entanto, é interessante observar que, a teoria do contrato social, entendida como fundamentação filosófica e política do Estado, que acabara de ser incorporada à sociedade iluminista, este posicionamento, contudo, representa uma base comum a toda produção jus-penalista do período.

Diante o exposto, é possível, portanto, enxergar o ser humano como um ser livre e detentor de autonomia, detento, desta forma, capacidade para, sempre que julgar pertinente, contestar a validade do contrato social, artificialmente pactuado. Isso significa que o pacto social implica a capacidade humana e a autonomia da vontade, assim rompe-se com o entendimento naturalista e transcendente do período medieval, em que acreditava-se que o homem encontrava-se sujeitado à vontade divina, manifestado pelo poder ilimitado de alguns. Neste sentido, cita-se Carvalho:

De uma postura contemplativa e coadjuvante perante o poder do Estado, o homem passa a ser protagonista de outro *modus vivendi*. O pólo de legitimidade externa do poder é deslocado do teleológico ao antropológico. A vida terrena passa a ser estabelecida nas relações harmônicas convencionada pelos homens, e não mais como transposição de vontades metafísicas hipostasiadas. O homem é autônomo, o poder é deste mundo. (CARVALHO, 2003, p.42)

O processo de secularização, onde as condutas criminosas não mais são vistas como uma violação ao divino, mas tão somente como resultado da autonomia da vontade, que transgredir a norma jurídica, um ato consciente, por parte do infrator, o que nos faz perceber que esta seja uma das principais consequências da introdução dos ideais contratualista no meio penal. Tal concepção representa o processo de laicização do Direito Penal, haja vista que este ramo das ciências jurídicas deixa de ser limitado pelos interesses religiosos e passa a ser norteado pelas regras de convívio social, onde a caracterização do binômio direitos-deveres das partes implica em uma limitação externa ao poder punitivo (*jus puniendi*), cujo monopólio pertence ao estado. Ressaltando-se que a atuação deste apenas se mostrará legítima em face de uma ação que tenha como resultado dano externo notório.

Ante o exposto, as bases do Direito Penal moderno firmam-se, e de acordo com os sábios ensinamentos de Salo de Carvalho:

Os fundamentos do direito penal moderno são lançados em bloco pela ilustração, tendo em vista a coerência de suas proposições; a lei penal – geral, anterior, taxativa e abstrata (legalidade) – advém de contrato social (*jusnaturalismo antropológico*), livre e conscientemente aderido por pessoa capaz (culpabilidade/libre arbítrio), que se submete à penalidade (retributiva), em decorrência da violação do pacto por atividade externamente perceptível e danosa (direito penal do fato), reconstituída e provada em processo contraditório e público, orientado na presunção de inocência, com atividade imparcial de magistrado que valora livremente a prova (sistema processual acusatório). (CARVALHO, 2003, p. 43)

Tem-se então, como centro do programa de intervenção penal a tutela dos direitos e garantias individuais contra os poderes públicos ou privados, extirpando atos comissivos ou omissivos do estado contrários a tais direitos. Resulta-se, pois, o nascedouro do embrião que se tornaria, futuramente, o que hoje se conhece, apropriadamente, por garantismo.

Nota-se, portanto, que o Garantismo é a síntese da contraposição dialética, da barbárie, característica do período medieval, juntamente com o irracionalismo inquisitorial, do mesmo período, rompendo-se com os laços existentes entre direito e moral (delito e pecado, respectivamente), o que possibilitou, desta forma, a secularização, e, por conseguinte, a racionalização do direito penal no contexto de formação do Estado Moderno. Este modelo nascente carrega consigo o predicado garantista de mostrar a constante tensão existente entre as duas formas diversas e assimétricas de percepção da realidade jurídica (e política) (CARVALHO, 2003). Sendo assim, a gradação dos valores garantistas adotados por determinada sociedade está condicionado ao momento histórico que a mesma se encontra, ressaltando-se no entanto, que o desenvolvimento das ideias é circular, o que significa que há

momentos de maior objetivação da legitimação da ingerência estatal, o que cadenciaria na redução do espectro de liberdades individuais, assim como há fases tendenciosas a um maior liberalismo e defesa das garantias fundamentais.

Uma das provas dessa não linearidade é apreendida com facilidade no lapso histórico, neste sentido, pode-se citar a implementação do Estado Intervencionista em meados do século XIX, que acarretou profunda crise no pensamento penal pós-medieval, haja vista que os ideais de individualidade e racionalidade, defendidas pelo iluminismo, já não atendiam às aspirações estatais de controle social máximo e combate eficiente da criminalidade. Observa-se então, que as bandeiras contratualista abrem espaço para o desenvolvimento da epistemologia positivista, onde o delito não era tido como produto de ação volitiva humana, mas sim, de pré-condições, físicas e sociais.

Nos dizeres literais de Ferri, Lombroso, Garofalo e Fioretti, reproduzidos por Carvalho (2003, p. 61), acerca da caracterização da escola Positivista: “[...] a nossa escola pode ser resumida na seguinte proposição: as causas do delito são de uma tríplice ordem: individuais, físicas e sociais”.

Logo, a criminalidade era pautada na análise bio-psicológica do sujeito, permutando a ideia de culpabilidade pela de periculosidade, examinando, acima de tudo, a propensão íntima ao crime.

O entendimento criminológico-positivista representou desta forma, ineditismo no que tange à reação inquisitiva dos ideais garantistas, disseminados pelos autores do paradigma contratualista, restabelecendo o processo anti-secular e intolerante, aliando o desvio à perversidade nata.

A partir da década de 1940, segue-se ao positivismo penal e se tem a constituição do movimento da Nova Defesa Social, objetivando-se a discussão dos crimes e o tratamento dos que incorriam como criminosos (ressocialização), apoiado no estudo do fato criminoso e da personalidade do agente sob o método empirista. Mesmo tendo conseguido determinadas alterações na forma de organização do sistema punitivo, a título ilustrativo pode-se mencionar a descriminalização de certas condutas de menor relevância, aumento das medidas alternativas ao encarceramento e a revalorização da vítima como sujeito da relação processual. Isto posto, percebe-se que a defesa social acabou legitimando os modelos inquisitoriais substancialistas.

Por este motivo, não obstante a Criminologia Crítica incipiente mostrasse as transgressões do positivismo criminológico e retornasse a seu discurso para o robustecimento de um Direito Penal basimentado no respeito aos direitos e garantias recentemente constitucionalizados e

transnacionalizados (fala-se do contexto de 1945 – advento da ONU e aprovação, por parte de sua assembleia Geral da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948), a vulnerabilidade desse discurso e a complexidade de implementação prática de tais direitos faziam com que a dinâmica do Direito Penal continuasse seguindo os postulados do homem patológico, sem alterar a visão de crime.

Após essa breve narrativa acerca do histórico, possível é enxergar os fundamentos do reverenciado mestre Ferrajoli para a formulação do que, atualmente, conhecemos por Teoria do Garantismo Penal. Nos dizeres do próprio autor:

O escopo principal que me propus com a reflexão sobre estas três ordens de fundamentos [base epistemológica, justificação ético-política e técnicas normativas idôneas para assegurar o grau de efetividade] foi a revisão teórica de modelo garantista de legalidade penal e processual assim como foi traçado pelo pensamento iluminista... o pensamento iluminista representa certamente o momento mais alto da história da cultura penalística: senão por outro motivo, porque a ele se deve a formulação mais incisiva da maior parte das garantias penais e processuais dentro das formas do Estado constitucional do Direito. (FERRAJOLI, 1997, p. XVII, *apud* CARVALHO, 2003, P. 80).

Assim, na década de 1990, facie ao neobarbarismo norteado pelos discursos hipercriminalizadores da Lei e da Ordem, da Esquerda Punitiva e da Tolerância Zero, potencializados pela crença no Estado Mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, Ferrajoli retomando o modelo garantista assim como traçado pelo pensamento iluminista, faz exsurgir a Teoria Garantista como saber crítico e questionador, instrumento de defesa dos direitos humanos e na democracia, que devem passar a orientar a prática jurídica, na tentativa de expandir novamente a preocupação com a intangibilidade da esfera mínima de liberdades individuais e a consequente limitação do poder punitivo estatal.

A problemática, no entanto, repousa no fato de os preceitos garantistas atuais não serem recepcionados e aplicados nos sistemas penais contemporâneos, sendo que a realidade sócio-política continua a influenciar significativamente as concepções jurídico-penais.

2.2 Preceitos fundamentais

Ferrajoli, no momento de concepção da teoria garantista, criou um tipo ideal, aglutinando os caracteres que deveria estar presentes na configuração de um sistema penal perfeito. Todavia, a referida perfeição mostra-se inatingível no plano concreto, é em função disto, que quando caracteriza determinado ordenamento jurídico é garantista entende-se que o mesmo

adota o minimalismo penal, buscando, na maior medida possível, coadunar o sistema com o garantismo.

Atualmente, nota-se que tanto as teorias de Direito Penal Máximo (panpenalismo) e Direito Penal Mínimo (garantismo) coexistem nos sistemas de direito e de responsabilidade penal da contemporaneidade, marcados pela dicotomia entre maior ou menor limitação do poder punitivo do Estado, ou pelo maior ou menor respeito aos direitos e garantias individuais (CARVALHO e CARVALHO, 2004).

O modelo de Ferrajoli (teórico e minimalista) tem por fundamento dez premissas básicas, de onde várias implicações deônicas podem ser retiradas, com escopo de fixar limites ao poder intervencionista/ punitivo do Estado nas três esferas de aplicação da pena: teoria da norma, teoria do delito e teoria da pena, além da teoria processual penal.

O autor se utiliza de máximas latinas (*nullapoenasine crimine; nullumcrimensine lege; nulla Lex sinenecessitate; nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sineactione; nullaactiosine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sineaccusatione, nullaacusatiosineprobatione, nullaprobatioinedefensione*), que conduzem à consagração dos princípios de retributividade, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionalidade, acusatório, ônus da prova, contraditório e ampla defesa no âmbito penal.

A adoção dos preceitos supra, acarreta:

Não é legítima qualquer irrogação de pena sem que ocorra um fato exterior, danoso para terceiro, produzido por sujeito imputável, previsto anteriormente pela lei como delito, sendo necessária sua proibição e punição. Por outro lado, aliam-se aos requisitos materiais os processuais, a dizer, necessidade de que sejam produzidas provas por uma acusação pública, em processo contraditório e regular, julgado por juiz imparcial. (CARVALHO E CARVALHO, 2004, p. 25).

2.2.1 Limites do garantismo no momento de aplicação da pena

Para o modelo penal garantista elaborado por Ferrajoli, as previsões legislativas não são suficientes, faz-se necessário portanto, a observância dos preceitos também pelo Estado Juiz, na figura do julgador, no momento de aplicação da pena, ou seja, na hora da efetivação da atuação estatal, no sentido de limitar a liberdade individual.

Ensina-nos Ferrajoli:

Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade de seu autore, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em fase da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. (FERRAJOLI, 2006, p.83).

No modelo de aplicação da pena do estado democrático de direito, que traz consigo o ideal de direito Penal mínimo, afastando-se, portanto, dos entendimentos absolutos e inquisitivos, típicas do estado, o Poder Público, e mais especificamente o penal, precisa resguardar limitação inflexível e vinculação à lei no plano substancial, além da necessária submissão ao plano processual.

O Direito Penal mínimo objetiva não apenas o mais elevado grau das garantias e liberdades individuais, é também, intrínseco a ele e seus fundamentos, a racionalidade e certeza, de modo que apenas há que se falar em intervenções quando estas se mostrarem previsíveis, entendidas como aquelas cuja motivação seja argumentos cognitivos, que conduzam a verdade formal. Entretanto, tem-se que entender que, o entendimento de o que seria o critério cognitivo para aplicação da pena só será atingido, de modo eficaz, no momento em que se associar à compreensão do que se caracteriza a certeza relativa, perseguida pelo Garantismo.

A seu turno, no Direito Penal máximo, a certeza relativa é encontrada no fato de que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido à custa da incerteza de que algum culpado possa ficar impune. Destarte, por meio do juízo cognitivo proposto por Ferrajoli (2006), e, considerando o ideal de certeza relativa que baseia qualquer pretensão de intervenção punitiva, o direito penal somente poderá intervir informado acerca do cometimento e autoria do delito, motivo pelo qual uma das principais normas derivadas do racionalismo garantista seja critério do *favor rei*, agregador, de diversos institutos, como o do *in dubio pro reo* e o da *analogia in bonam partem*.

Pelo apresentado e sobre o vês minimalista, percebe-se que a discricionariedade admitida no momento de aplicação da pena é aquela direcionada não para estender, mas elidir ou excluir a intervenção penal nos casos em que os motivos não forem argumentos cognitivos seguros, admitindo-se, tão-somente, a aplicação de penas em situações que se possa pautar na certeza e dizimar os riscos de punir inocentes.

Isso posto, vários autores insurgem para apresentar críticas ao nosso sistema, haja vista que a *práxis* penal, firmada nos dispositivos do Código Penal de 1941, ainda apresenta

resquícios de defensivismo social e determinismo, dando cabo, inúmeras vezes, á um exame mais ético-moral do que acerca do tecnicismo no que tange às sanções. A concepção de culpabilidade não se confunde com a de periculosidade, fazendo com que a pretensão punitiva recaia sobre a pessoa do agente e não ao fato-crime propriamente, além de propiciar ao julgador uma maior margem valorativa, o que permite que a subjetividade do julgamento se sobreponha ao critério cognitivo e racional delineado por Ferrajoli.

É o que se infere da leitura do artigo 59 do Código Penal, determinando um exame dos antecedentes e da conduta social do autor, de modo a promover verdadeira avaliação da personalidade, em um nítido regresso aos parâmetros inquisitoriais e deterministas. No entendimento de Carvalho e Carvalho (2004), o que se nota é uma composição de informações da biografia do acusado, que permite a formação de um *secondcode*, ou seja, regras de mecanismos

[...] extra oficiais que atuam invisivelmente e que passam a integrar objetivamente o conjunto de meta-regras e a interferir na ação dos operadores jurídicos, tanto na produção dogmática, como na aplicação de normas, resultando daí uma influência maior do que aquela prevista no direito Positivo. (BISSOLI FILHO, 1998, p. 109).

A essas considerações deve-se adicionar a previsão da reincidência como circunstância agravante, que se coloca também na contramão dos ditames garantistas, tanto porque apresenta conteúdo estigmatizante, na medida em que divide os indivíduos entre “aqueles que aprenderam a viver em sociedade” e “aqueles que não aprenderam”, quanto porque constitui um “plus” à condenação anterior, possibilitando dupla recriminação por uma mesma conduta.

O modelo garantista rompe com as teorias tradicionais da pena formuladas na ótica do Direito Penal máximo, que opta pela primazia da política (ou economia) sobre o direito, e assim, estabelece requisitos de minimização da resposta estatal ao desvio punível.

É perceptível que essa apreensão já era existente dentre os membros da Escola Clássica no período das luzes, em que a fundamentação da pena ocorria por meio de uma justificação utilitarista, estampada na máxima do maior benefício possível aos que não deliquíssem.

Ferrajoli, todavia, ao reformular a teoria garantista, sugeriu uma nova abordagem da pena, que se aproxima mais dos ideias do Direito Penal mínimo, difundidos pelo autor, e simultâneamente, mais preparada para justificar a necessidade de punição, já bastante questionada, inclusive nas teorias abolicionistas. Esta nova abordagem dada á pena foi denominada “Utilitarismo Reformado” e a principal alteração que se destaca com relação ao

modelo iluminista é a preocupação com a tutela não só dos não delinquentes, mas também do sujeito considerado infrator.

A punição (pena) precisa ser em menor grau necessário e passa a ser concebida como esquema normativo de prevenção da reação privada (ou pública) irracional que a falta das penas poderia ensejar. Traz em si, portanto, não só o caráter evidente da punição como também desempenha o papel de guardião do direito do infrator em não receber nenhuma punição senão pelo estado, redimensionando assim, a função do direito e do processo penal.

A partir desta perspectiva, a pena mostra-se como mecanismo limitador do poder punitivo e como mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziram na sua existência. Desse modo se justifica nos dizeres de Ferrajoli (2006, p. 270), “não pela defesa social, mas sim pela defesa do mais fraco que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o réu e no momento da execução penal é o condenado”.

Precipuamente, o chamado “Utilitarismo Reformado” assume a função de negação explícita de qualquer estado de guerra e de todos os modelos político-criminais de defesa social. Trata-se de um sistema elaborado na premissa de tolerância, porque se acredita no reconhecimento do homem como valor, não como meio, mas como fim em si mesmo, que deve ser respeitado justamente por ser único em suas diversidades.

2.3 O garantismo e seu papel contra majoritário

Nessa breve explanação acerca do Garantismo, buscou-se demonstrar que a referida corrente visa, principalmente, estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, realizando antagonismos aos modelos penais de controle social, que elegem como prioridade a defesa social, ainda que isso signifique desconsiderar os direitos e garantias individuais.

Contrapondo, no Garantismo, os direitos fundamentais ganham *status* de intangibilidade, configurando um núcleo inatingível onde nem mesmo a totalidade da sociedade poderia dispor. Uma verdadeira esfera do não decidível. (CARVALHO e CARVALHO, 2004).

Os direitos fundamentais, que equivalem aos direitos humanos previstos nos corpo constitucional, passam a determinar o objeto e os limites do Direito Penal nas sociedades democráticas, assumindo como vínculos substanciais de caráter negativo, impondo, em vista disso, dever de observância á maioria, que nem mesmo a unanimidade pode violar.

Por conseguinte, em se tratando de matéria penal, nas sociedades realmente atreladas às concepções garantistas, nem por unanimidade poderá ser determinada a morte de um homem,

sequer que pense de certa forma ou que não pense, que resida em determinada casa e não em outra, que tenha ou não família, etc. a garantia desses direitos constitui pré-requisito de convivência, não podendo se admitir lesão dos mesmos, tanto por parte dos particulares quanto por parte do Estado.

Concluindo-se assim as considerações acerca dos preceitos garantistas, é imperioso salientar a vertente contra majoritária que o garantismo assume, apoiando-se para tanto no ordenamento constitucional. Realmente, ao assentar um núcleo intangível de direitos e garantias, a serem protegidos e observados tanto pelo estado quanto pela sociedade, independentemente das circunstâncias, o que se faz é delimitar a própria vontade da maioria. Ainda que a vontade unânime aponte no sentido de transgredir essas garantias essenciais, que não poderá ser feito, em razão do respeito a tais garantias está posicionado acima do ímpeto violador.

3 O POPULISMO PUNITIVISTA

3.1 Introdução

O termo populismo é largamente utilizado por Historiadores e Sociólogos afim de caracterizar os governos pós Vargas (pós década de 1930). Este termo, inclusive, tem sua origem datada dessa época em específico, trata-se de uma nomenclatura concebida pela direita da década de 1940 para denominar os políticos que apresentavam apreciação pelo social. Insta salientar que há quem busque dar o status de “ciência” para o populismo.

Acontece, no entanto, que a expressão passa a ser utilizada por pesquisadores das mais diferentes áreas científicas, a saber, políticas, econômicas, culturais, indústrias, etc., sem que houvesse precisa análise de adequação, eis que o termo populismo passa a ser empregado a bel prazer dos pesquisadores.

Posteriormente, seu uso torna-se cada vez mais reduzido, e a diminuição se dá na medida em que as pesquisas, específicas e cada vez mais profundas, eram realizadas e desse modo demonstravam como o termo era inútil, nas palavras de Gaio:

O termo populismo não permitia discutir características das dinâmicas institucionais diversas no tempo e no espaço. Isto não ocorreu apenas no Brasil, mas em outros países, aumentando a confusão e o mal-estar. O próprio divulgador do termo no Brasil, Francisco Weffort, nunca mais o utilizou para analisar qualquer fenômeno social e político (GAIO, 2011, p.19).

A conceitualização de populismo punitivista é relativamente recente na doutrina criminológica, para chegarmos a tal concepção podemos retomar os ensinamentos de Pratt (2007, p.2), que advoga que este termo faz menção as mudanças ocorridas nos complexos jurídico penais e na justiça dos mesmos sistemas, ao mesmo tempo ele nos remete a obra de Bottoms (1995), para quem define populismo punitivista como a conjuntura de três, principais, modificações de cunho doutrinário que, a partir de então, validam novos modelos de sentenças, comuns em diversos países. Neste modelo a pena destinada aos infratores deve ser proporcional ao crime cometido (*just-desert-model*) o que cadenciaria num total rompimento com os direitos humanos e exigiria a incorporação da sociedade na tomada de decisões no combate à criminalidade.

Cada uma das transformações resultou em diferentes cenários, a primeira levou a um aumento exponencial da população carcerária bem como o enrijecimento das penas e total

rompimento com os direitos humanos para aqueles que forma condenados. A seu turno a segunda transformação está intimamente ligado à busca pela eficiência do sistema penal, de menor custo, compreendendo agências e processos, tinha o escopo de delinear áreas e indivíduos perigosos, tudo como parte de uma estratégia

Bottoms afirma que tal estratégia visa também dar uma resposta às vítimas de crimes, mostrando que as agências governamentais se preocupam em evitar que novos crimes ocorram, diminuindo, portanto, um potencial aumento de vítimas (GAIO, 2011, p.20)

Por fim, a terceira mudança traz em si uma dualidade, isso porque prevê a total inclusão da comunidade na luta contra a criminalidade, porém ela – a comunidade – se caracteriza por sua instabilidade e incapacidade de auto- regulação o que faz com que nesses sistemas opte-se por penas com maiores níveis de restrição, havendo preferência por alongar as penas dos sujeitos que são considerados perigosos, buscando não soltá-los.

Tais anotações apresentam relevante valor, todavia, deve-se cuidar para amodernar as considerações de Bottoms, embasando-se para isso estudos mais criteriosos acerca de casos e instituições, que acabaram enquadrando esta concepção em seu contexto histórico e sendo, portanto, este o ponto diferenciador do conceito de populismo punitivista para a ideia de populismo, já em desuso (Pratt).

3.2 Populismo penal: conceitualização

Ainda de acordo com Gaio, fundamentado nos estudos de Pratt (2007) “populismo nos diz os modos pelos quais criminosos e prisioneiros são vistos como favorecidos às expensas das vítimas de crimes e em particular daqueles que seguem as leis em geral” (GAIO, 2011, p. 21). Essa visão pode acarretar em sentimento descrença no sistema penal em vigor.

Observa-se ainda a inversão valorativa, haja vista que aqueles que são agem dentro dos limites da legalidade e, portanto, figuram como vítimas, sentem-se punidos, enquanto que aos infratores haveria algum de tipo de beneficiamento, falar de populismo penal é falar de “sentimentos e instituições” (Pratt). É dever da justiça, tutelar a maioria da população e dar resposta severas àqueles que por algum motivo não conseguem conviver em comunidade além demonstrar incapacidade de se ressocializar.

Para Pratt (2007, p. 08) o populismo penal “representa a maior mudança na configuração do poder penal na sociedade moderna”, bem como se conduzirá parcelas da população que se reconhecem “ignorados pelos governos (2007, p. 09).

Nota-se, no populismo penal, uma união entre organizações políticas e grupos que não estão ligados a atividades estatais, juntos eles exercem pressão para que haja uma reconfiguração do sistema penal com enfoque na aplicação da pena. Essa coligação conta com o apoio de mídias nacionais e internacionais, principalmente as mais populares. Havendo inclusive estudos que relacionam o fomento à criminalidade e as mídias.

Sobre esses estudos podemos citar Reiner (2004, p. 406) que diz que existe “uma forte evidência que as imagens da mídia podem influenciar o comportamento criminoso”, entretanto, deve-se ter em mente que este ato é condicionado a determinadas nuances, tais como, geração e democracia, o autor supra assevera que o resultado dessa cobertura midiática é uma população marcado pelo medo e ansiedade.

O populismo punitivista traria uma reconfiguração na sistemática penal, uma vez que em suas concepções romperiam completamente com a racionalidade e a legalidade, dando lugar a uma valoração passional, onde a opinião das vítimas teria um relevo determinante na aplicação do direito penal.

Esta corrente, exalta os problemas do Sistema Criminal, como por exemplo, a morosidade, não suficiente, alimenta a ideia de que com a vigência da atual sistemática penal seria protecionista em favor do réu, que seria preterido em desfavor das pessoas que seriam as vítimas.

Nos precisos ensinamentos de Gaio,

O populismo penal alimentaria a raiva e o ressentimento, reconfigurando o poder para punir, elegendo a prisão como a ferramenta central da nova política penal, ferramenta que estava em franca decadência desde os anos de 1960. O efeito maior é a deslegitimação da reabilitação como método de prevenção e faz com que as leis duras substituam as políticas sociais. (GAIO, 2011, p. 22)

3.3 Os contornos atuais do populismo punitivista

A atual estrutura do populismo punitivista foi traçada ainda na década de 1970 quando se impôs um discurso acerca da lei e da ordem, compreenda-se aqui como tratamento enrijecido com o crime, e desde então tem sido utilizada como estratégia política de diversos políticos para conseguir mais popularidade. A receita é desprovida de qualquer complexidade, as pessoas hoje não se interessam por assuntos pertinentes à política, bem como são descrentes que a adoção de políticas públicas seriam capazes de sanar os problemas, sendo assim, a população sente-se acolhidos quando algum político lidera o discurso de que a solução da

criminalidade está no endurecimento do sistema penal, aproveitando a deixa para desmoralizá-lo, não se discutindo ideias e hipótese de prevenção à criminalidade, mas sim, segregando cada vez mais a população entre os cidadãos de bem os que são desprovidos de caráter, e, por isso, merecem tratamento desumano, tendo sua dignidade reduzida o máximo possível.

A disseminação dessa concepção conta com uma forte e importantíssima aliada, a mídia, que exacerba as notícias, transmitindo-as com altos níveis de dramatização, passionalidade, realizando julgamentos precipitados (lesando assim o princípio da presunção de inocência) e principalmente, fomentando o sentimento de insatisfação e frustração com relação ao Estado.

Os adeptos do populismo acreditam cegamente que, o endurecimento do sistema penal, principalmente com a aplicação de penas cada vez mais duras, cada vez mais restritivas seriam suficientes para reduzir a criminalidade, pensamento duramente criticado por pesquisadores.

No caso do Brasil em particular, nota-se que o movimento punitivista ganha maior força após a promulgação da constituição de 1988, sendo portanto fruto de um período de democratização, logo em seguida tem-se a publicação de leis que tipificam ainda mais condutas como crimes, uma das mais criticadas é a Lei dos Crimes Hediondos, é preciso ter em mente que, conforme diz Paulo Queiroz ao citar Jeffrey “(...) mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes mais prisões significa mais presos, mas não necessariamente mais delitos...” (QUEIROZ, 1998, p. 29).

Existe uma contra movimento com os objetivos de frear os avanços do movimento em prol do populismo, porém, a mídia, os políticos e a opinião popular organizada, tem unido forças em enfraquecido os movimentos contrários ao populismo.

4 A LEGITIMIDADE DO ESTADO PARA PUNIR E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nos dias atuais, em função do contexto econômico, político social, que acabam por delimitar os contornos de uma crise de efetividade, podendo-se classificá-la como uma crise de confiança e identidade tanto nos direitos fundamentais, quanto na Constituição (SARLET,

2005). Logo, observa-se que o Direito Constitucional, a Constituição, bem como os Sistemas de Poderes e o sistema jurídico já não são mais os mesmos (CANOTILHO, 2000).

O que se observa nos presentes dias é um enfraquecimento do Estado, enquanto Democrático de Direito, que se compromete com a justiça social. Este enfraquecimento é resultado da globalização e afirmação das concepções neoliberais, reduzindo o Estado, enquanto protetor de direitos dos cidadãos, reduzindo também a própria ideia de cidadania, que se vê altamente ameaçada.

Este cenário de crise torna-se ainda mais evidente com os processos de exclusão social, quando se verifica um significativo aumento no número de desempregados ou no aumento do índice de subempregos, redução, ou na pior das hipóteses inexistência, da prestação dos serviços mais básicos à manutenção de vida detentora de dignidade, como serviços de saúde, educação e assistência social. Há ainda que se falar dos problemas que tangem o judiciário, bem como efetivo acesso ao sistema, morosidade processual, falta de eficácia, ente outros. Essa situação, fruto de uma verdadeira opressão socioeconômicas tem grande impacto na esfera criminal, principalmente no que tange ao aumento das taxas de criminalidade.

Torna-se imperioso salientar, que essa fase de crise dos direitos fundamentais alcança à todos os direitos fundamentais, de todas as gerações, e não apenas ao direitos sociais, neste sentido, nos ensina Sarlet:

Basta, para ilustrar al assertiva, apontar para o impacto da tecnologia sobre a intimidade das pessoas, no âmbito da sociedade informatizada, bem como sobre o meio ambiente, assim como no que diz respeito ao desenvolvimento da ciência genética, demonstrando que até mesmo o progresso científico pode, em princípio, colocar também em risco os direitos fundamentais da pessoa humana, o que nos remete à problemática das funções do direito penal na assim designada “sociedade de risco” contemporânea (2005).

Não há que se falar, tão somente em crise dos direitos fundamentais, é importante também entender que existe uma situação de carência de efetiva segurança dos direitos, uma vez que há notória negligência no que tange à proteção dos direitos fundamentais proporcionados pelo Poder Público. Logo, a tão famigerada crise dos direitos fundamentais mostra uma dupla face, uma delas se dá no que diz respeito a efetividade dos mesmos e a outra consiste no déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado.

É importante ainda, ter em mente, que ao lado desse cenário de instabilidade, as políticas criminais implantadas são ineficientes no combate à criminalidade, e ainda por cima, apresentam um ponto extremamente negativo, o de fomento aos índices de polarização da sociedade. O resultado é preocupante, a partir do momento que não se estende efetiva custódia de direitos a determinados

segmentos da população estes passam a se tornar cada vez mais marginalizados, e pior, começam a legitimar essa situação de exclusão, e com isso, passa a ser vistos, pelo segmento populacional mais afortunado, como criminosos em potencial. E neste sentido, não se percebe atuação ativa do Estado no sentido de combater, ou minimizar essas situações, mas ao contrário, observa-se que o ente estatal preocupa-se em enfatizar ações de reforço das políticas criminais, ao passo que abandona suas obrigações de cunho de segurança social.

Ante o exposto, é evidente que o sistema não é legítimo para o exercício do *jus puniendi*, não se tem a pretensão de se esgotar com este estudo os motivos e fundamentos da chamada Deslegitimação do sistema penal, mas um breve exame dos principais pontos.

O sistema penal, defronta-se, cada dia mais, com uma dualidade, em um polo, a parte da sociedade que se mostra mais abastada, numa busca constante por proteção e segurança, que não obstante sua situação socioeconômica favorável, trabalha intensamente para que os demais segmentos sociais continuem a margem dos direitos e garantias, em outro polo, encontra-se o segmento social marginalizado, posto à parte de toda e qualquer garantia estatal, junto com seus sentimentos de revolta e insatisfação, encarando o Sistema Penal como institucional e seletivo, com pleno desrespeito o mínimo garantido.

4.1 Aumento da Criminalidade

O acelerado crescimento dos índices e taxas que medem a criminalidade é uma realidade mundial, e a situação brasileira não é diferente. Tomando como exemplo as capitais rio de Janeiro e São Paulo percebe-se que o número de homicídios é cada vez maior, comparando por exemplo com a década de setenta.

O mapa da violência 2015 mostra que mais de quarenta mil pessoas foram vítimas fatais de armas de fogo em 2012 no Brasil, o que significa cento e dezesseis óbitos por dia, estes dados constam no estudo “Mapa da violência 2015: mortes matadas por armas de fogo” um trabalho realizado pelo governo brasileiro, a Organização da ONU para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e a Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais (FLACSO).

Outro dado preocupante é o fato de que os crimes violentos são cada vez mais comuns, dado que repercute diretamente no cotidiano das pessoas, causando ainda mais sofrimento em função da sensação de insegurança. Deve-se dar relevo ao fato de que a vinculação das organizações criminosas ao tráfico de drogas configura um forte elemento de aumento da criminalidade que gera como consequência ainda mais descrença no sistema penal, haja vista que essas associações, rotineiramente, realizam afrontas diretas ao poderio estatal, o que gera a impressão da existência de um paralelismo dos poderes, crime e sistema.

Citou-se como marcos do aumento do índice de criminalidades grandes centros, um vez em neles observam-se mais comumente o que se trabalha neste tópico, entretanto, sabe-se que existe um movimento de expansão da criminalidade, resultando em situações de perigo não apenas nos grandes centros metropolitanos, mas sim numa problemática também interiorana.

Em síntese, a conjugação dos elementos aumento da criminalidade e aumento deste movimento, geram na sociedade moderna, seja do interior, seja das metrópoles e capitais o fortalecimento do sentimento de descrença no sistema penal.

4.2 Despreparo Policial

Outro ponto que combinado com o aumento da criminalidade geram a descrença no sistema penal é um aparato polícia, seja civil, seja militar, despreparado.

Há um falso senso comum, que se deve buscar pelo enrijecimento da atuação policial, pois existe a ideia de que o que falta ao estado é firmeza em sua atuação repressiva, esse desejo tem função tão somente de fomentar um antigo vício do sistema policial pátrio, o destinar um tratamento de seu público alvo como seu inimigo e não como sujeitos usuários do serviço. O que se percebe após isso é ainda mais desrespeito aos direitos humanos de incontáveis cidadãos, principalmente das classes econômicas menos favorecidas.

Nota-se um outro aspecto negativo da sistemática penal, sua seletividade, ou seja sua tendência de criar o estereótipo do infrator, e assim usar a força policial para suprimir cada vez mais direitos de pessoas que pertençam a determinada classe social, tenha determinada cor de pele, residam em determinados bairros, frequentem determinados lugares, entre outras muitas formas de estigmatizar as pessoas.

Pode-se dizer que a atuação polícia é dúbia, isso porque ao mesmo tempo que ela é mais enfática na busca de assegurar maior segurança, tentando restringir o aumento avassalador da criminalidade, nota-se por outro lado o desrespeito nítido aos direitos daqueles que sofrem as consequências da repressão policial, uma ressalva a se fazer é que em grande parte a pressão para uma atuação cada vez mais rígida e repressiva da polícia parte das classes média e alta.

Por fim, mas não menos importante, um fator importantíssimo quanto à estrutura policial, capaz de gerar descrença no sistema penal é o aumento exponencial da corrupção entre os agentes policiais. Tal prerrogativa faz a população crer na falência da instituição policial.

4.3 Morosidade do judiciário

O judiciário, um dos três poderes inerentes ao estado (cabe ressaltar que existem aqueles que preferem dizer em competência, considerando-se que o poder seja uno), cabe a ele a nobre função de pacificação social, é dever do judiciário, também, zelar pela manutenção da justiça social, devendo atuar ativamente nas no intuito de dirimir conflitos sempre que procurado, suas prerrogativas encontram acento constitucional, vide art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal de 1988.

Quanto à composição dos conflitos na esfera penal, o judiciário é de importância ímpar. Haja vista que os bens tutelados pelo direito penal são considerados como os mais valiosos existentes, por conseguinte violar os mesmos cadenciará na deflagração de ilícitos ou infrações penais (TOURINHO FILHO, 2004). Considerando a relevância dos bens tutelados em esfera penal (eles apresentam caráter eminentemente público) o Estado toma para si a responsabilidade e o dever de atribuir ao infrator uma punição adequada impedindo deste modo que o destino do transgressor fique ao bel prazer do particular. Dessa forma, há que se falar que o estado é detentor do *Jus Puniendi* (monopólio estatal). É importante dizer que o exercício do direito de punir só ocorre por meio de um processo.

[...] o processo penal é, pois, imprescindível para a solução da controvérsia que se estabelece entre acusador e acusado, ou seja, entre a pretensão punitiva e a liberdade. Isso não significa, como é óbvio, que todo processo penal conduza à imposição de uma pena, pois será um instrumento da garantia da liberdade quando pronunciar a inocência do acusado [...] (GRINOVER, 2003, P. 39).

Diante de tais considerações é possível perceber que existe um caminho a ser trilhado até que se possa impor uma pena, devendo respeitar o chamado devido processo legal.

[...] essa atividade é denominada *persecutio criminis*. E tal direito à persecução penal (investigar o fato infringente da norma e pedir o julgamento da pretensão punitiva) é uma obrigação funcional do Estado para lograr um dos fins essenciais para os quais o próprio Estado foi constituído (segurança e reintegração da ordem jurídica) (TOURINHO FILHO, 2004, p. 07).

O problema, entretanto, é que o terceiro poder enfrenta vários problemas, e um dos principais deles, pode-se afirmar com certa precisão, é o da morosidade. A situação hoje do poder judiciário é de desproporcionalidade entre o número de processos que existem para serem julgados e a capacidade dos órgão jurisdicionais.

Diversas são as causas que podem ser elencadas para justificar o expressivo aumento dos volumes processuais que aguardam julgamento, desde o aumento populacional até mesmo

a evolução tecnológica pela qual passa o mundo atual, deve-se ainda, adicionar a este contexto o desaparecimento do judiciário para lidar com essa nova conjuntura. Neste ponto, fala-se tanto das instalações físicas deficientes quanto da insuficiência de recursos humanos.

A morosidade apresenta-se duradoura, e como consequência, percebe-se a impunidade dentro da sistemática penal. O julgamento tardio dos processos faz com que os casos passem longos períodos sem uma solução eficaz, o que pode, em certa medida, gerar benefício aos autores de condutas criminosas, o que provoca uma frustração na população que alimenta uma sensação negativa quanto a resposta estatal.

4.4 Falência do sistema penal

A razão para a o cenário de descrença aqui descrito não uma, mas sim um conjunto de fatores que corroboram para que a sociedade perca a fé no sistema criminal. Passa-se a tratar agora da situação de extrema precariedade que se encontram os estabelecimentos prisionais pátrios, fazendo com que todo o sistema penal fique comprometido. Anteriormente, quando se falou da morosidade do judiciário e da atuação processual trabalhou-se as fases pré e processuais, neste momento abarca-se a fase de execução da pena imposta, notando-se, entretanto, a inoperabilidade das instituições penalísticas. Esta situação tem reflexos não apenas na esfera do direito, com ênfase na área penal, mas também tange questões de cunho social, político e institucionais.

A realidade prisional é completamente adversa ao que determina as normas que possuem assento constitucional (elencadas no artigo 5º da Constituição), bem como os direitos e princípios trazidos pela Lei 7.210, em seu art. 41 – a Lei de Execuções Penais. Não obstante haja as referidas preocupações legislativa, nosso ordenamento está inserido num contexto de estado democrático de Direito, com destaque e elevados níveis de valorização à princípios de humanidade coíbem a imposição de qualquer medida punitiva de caráter degradante, cruel, desumana e contrária ao Princípio da legalidade. (QUEIROZ, 2001).

Porém, na prática, o que vemos é permanente violação aos direitos e desrespeito às garantias constitucional e legalmente previstas para a fase de execução das penas privativas de liberdade. Quando entregue ao Estado para cumprimento das medidas o indivíduo passa a se ver privado não apenas de sua liberdade, mas também de sua dignidade e condição de humano, isso porque o tratamento recebido é tão agressivo que não prepara o sujeito para o retorno da vida em sociedade, havendo claro descumprimento à uma das funções da pena, a de ressocializar o indivíduo.

Além da questão exposta acima há também que se falar da carência estrutural do sistema prisional, celas construídas para receber poucos ocupantes hoje encontram-se preenchidas com um número muito elevado daquele para o qual a mesma fora planejada, condições de higiene inexistentes, ambientes propícios à proliferação de insetos que acarreta a ocorrência de doenças, sem que haja tratamento apropriado de saúde. A comida é um problema a parte, de qualidade execrável. Mesmo havendo dispositivos legais que disponham sobre o trabalho do preso e regulem esta atividade dentro de estabelecimentos próprios as oportunidades são muito limitadas. Ainda da situação do interno, torna-se imperioso destacar as cenas costumeiras de tortura, seja por outros encarcerados, seja, na pior das hipóteses, pelos próprios agentes carcerários.

Quanto à concessão dos benefícios o que se verifica é que não existe um controle regular, que tem por resultado, não excepcionalmente, a privação da liberdade ilegal e excessiva dos indivíduos.

O Estado mostra-se incapaz de cumprir sua função precípua, garantir, em total igualdade, condições dignas de vida aos indivíduos, o que nos direciona a problemática dos deveres protecionistas estatais na esfera dos direitos e garantias fundamentais e aos possíveis contornos de uma teoria garantista (adequando-se assim à proporcionalidade) do Direito Penal, frente ao descrédito generalizado nos direitos fundamentais, analisados a partir de um ideário jurídico penal.

CONCLUSÃO

O Estado brasileiro, consolidado com Estado Democrático de Direito, assegura, em sede constitucional, que todos os cidadãos terão sua dignidade de pessoa humana, vê-se claramente, que o poder constituinte preocupou-se em colocar a valoração do homem no centro das proteções concedida por meio dos direitos e garantias fundamentais, todavia a situação atual é completamente divergente do cenário ideal traçado pela constituição de 1988.

Conclui-se com este trabalho, que mesmo tendo inúmeros direitos salvaguardados pela constituição e tendo o estado a obrigação de efetivá-los a sociedade encontra-se desamparada, vendo sua dignidade reduzida e sua vida se limitando a condições inaceitáveis, em muitos casos, resta a esse segmento da população recorrer ao mundo do crime como tentativa última de garantir a si e aos seus melhorias em sua situação, na maior parte das vezes de marginalidade, as pessoas que ocupam o banco dos réus, embora sujeitos ativos dos crimes

cometidos figuram, por outro lado, no polo passivo, pois são vítimas cotidianas de exclusão, descaso e preconceito, surge então a problemática, eles passam a crer e legitimar essa situação.

Existem, hoje em dia, fortes movimentos que lutam pelo enrijecimento das sanções e do sistema penal, mascaradas por um discurso de lei e ordem eles pregam apenas a segregação social, fomentando o sentimento de raiva e discórdia entre os cidadãos, motivados na maioria das vezes por interesses escusos e egoístas, um discurso plenamente difundido por uma mídia parcial. Esses movimentos rompem com a funcionalidade tríplice da pena – retribuição pelo injusto causado – prevenção (geral e específica) e ressocialização – isso porque, alimentam o anseio por vingança, valorando somente o caráter retributivo, tornando a ressocialização e a prevenção impraticáveis

Não se tem a pretensão com o presente trabalho de realizar uma defesa ao criminoso ou a condutas tipificadas como crime, mas sim enfatizar que, o Estado não cumpre sua função precípua, a de assegurar aos indivíduos condições condizentes com sua natureza humana, o desrespeito e negligência estatais são totais, seja no momento preventivo seja com o indivíduo encarcerado, momento em que ele se vê em situação ainda mais degradante.

O direito penal, entendendo-se assim como ingerência estatal, deveria ser sempre a *ultimaratio*, entretanto, a atual conjuntura mostra que várias outras instituições falharam, a exemplo de igreja, escola e a própria família.

A meritocracia não é um discurso válido, uma vez que as mesmas chances não são oferecidas a todos em igualdade, e assim uma grande parte das pessoas fica à mercê de sua própria sorte, tendo que se contentar com empregos degradantes, ou os chamados subempregos.

Acrescenta-se ainda aos pontos aqui considerados a total descrença por parte da população com relação ao Estado e funcionalidade de implementação de políticas públicas, fato que corrobora o entendimento que a solução da criminalidade se dará com a restrição cada vez maior dos direitos.

Sendo assim, crê-se, que a situação apresentaria melhoras significativas a partir do momento que todos vissem seus direitos tomarem forma no plano fático, não apenas na idealização dos discursos e produções legislativas, efetivando-se assim as garantias mais fundamentais, como saúde, alimentação, moradia e educação. As pessoas que se encontram nessas situações precisam de alguém que olhe para elas e veja uma ser humano digno com direitos que ser realmente concretizados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Teoria de los derechos fundamentales**, Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: centro de estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret 2004

BISSOLI FILHO, Francisco, **Estigmas de criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Cultura Jurídica 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2001.

BOTTOMS, a. e. **The philosophy and politics of punishment and sentencing**. In: Clarson, c. e MORGAN, R. (Eds). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina.

_____. Sobre o Tom e o dom dos direitos fundamentais. “In”: **Revista Consulex**, set. 2000.

CARVALHO, Salo de. Manifesto Garantista. “In”: **Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**. Porto Alegre: ITEC, ano 1 n. 2, 199.

_____. **Pena e garantias**. 2. Ed. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz, **Direito Penal e Controle Social**, tradução: Cintia Toledo Miranda Chaves, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauz Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2006.

GAIO, André Moysés. **O Populismo Punitivo no Brasil**. CSOnline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais, ano 5, ed. 12, abr./jul. 2011. Disponível em <<http://csonline.ufjf.emnuvens.com.br/csonline/article/view/1168/947>>. Acesso em 18 de dez de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini “et al”. **Teoria Geral do Processo**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HIRECHE, Gamil Föppel **A Função da Pena Na Visão de Claus Roxin** - Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PERÉZ LUÑO, Antônio-Enrique. **Los derechosfundamentales**. 6. Ed. Madri: Tecnos, 1995

PRATT, John. **Penal Populism**. New York: Routledge, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Do Caráter Subsidiário Do Direito Penal. Lineamentos Para um Direito Penal Mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____, **Funções do Direito Penal** – Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Direito Penal**: introdução crítica. São Paulo; Saraiva 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de nov de 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo; Saraiva, 2004.

WACQUANT, Loïc J.D., **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**, Vera Malaguti Batista (organizadora); Sergio Lamarão (tradutor) – Rio de Janeiro: Revan, 2012.