

# FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO: LIMITES AO PODER DE PUNIR DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

João Paulino de Oliveira Neto<sup>1</sup>

Cid Augusto da Escóssia Rosado<sup>2</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Penal e teorias das penas. 3. Constituição e Democracia. 4. Pena e Constituição. 5. Conclusão. Referências

Resumo: Diante das alterações significativas ocorridas a partir do segundo pós-guerra que importou um novo modo de pensar o direito, bem como das viradas ocorridas inaugurando novas matrizes de racionalidade, o presente trabalho busca incorporar tais modificações para discutir o poder de punir do Estado apresentando um novo ponto de partida para o estudo do poder punitivo do Estado. Para tal empresa, valeu-se do método bibliográfico procurando junto à doutrina pátria e estrangeira instrumental que permitisse tal abordagem, trazendo à colação a doutrina de eminentes juristas tais como Zaffaroni, Salo de Carvalho, Lênio Streck, André Copetti e entre outros. Se fixou como objetivo geral analisar como a Constituição é fundamento e limite a tal poder do Estado, além de especificamente investigar a evolução das teorias fundamentadoras do poder punitivo, analisar o paradigma do constitucionalismo e como se relaciona com o direito penal e identificar na CF/88 os limites ao poder de punir do Estado brasileiro. Pôde-se encontrar que o direito penal deve

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Potiguar, campus Mossoró.

<sup>2</sup> Professor da Universidade Potiguar. Mestre em Estudos da Linguagem, especialista em Direito Penal e Processual Penal.

ter seu fundamento na sua conformação ao núcleo principiológico da Constituição, uma vez que este se traduz como as opções ético-políticas comunidade na qual aquela é norma fundamental (e fundante), sendo que o sentido do direito penal é proporcionar liberação do homem e seu modo-de-ser mais autêntico.

Palavras-chave: Constituição. Direito penal. Núcleo principiológico. Limites ao poder punitivo.

## CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS FOR A DEMOCRATIC CRIMINAL LAW: LIMITS TO THE POWER TO PUNISH FROM STATE IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION

Abstract: Faced with significant changes since the second post-war that made possible a new way of thinking the law, as well as the turns that occurred, inaugurating new rationality matrices, this work seeks to incorporate such changes to discuss the power to punish of the State. For this, used the bibliographic method seeking together to the doctrine of the fatherland and foreign, instrumental that would allow such approach. The general goal was to analyze how the Constitution is the foundation and limit to the such power of the State, besides specifically seeking to investigate the evolution of the fundamental theories of the punitive power, to analyze the constitutionalism's paradigm and how does it relate to the criminal law, and to identify in the Constitution's 1988 the limits to power to punish of the Brazilian State. It can be found that criminal law must to find your foundation in its conformation to the principiologic core of the Constitution, once this it translate the choices ethical-political of the community in which it's fundamental rule (and founder), being that the sense of the criminal law is to provide the liberation of man and his way of being more authentic.

Keywords: Constitution. Criminal Law. Core principiologic. Limits to punitive power.

## 1 INTRODUÇÃO



endo em vista a atual crise do direito penal e dos próprios discursos legitimadores das penas, é preciso se buscar saídas alternativas para tais crises indo além do que se propõe comumente, isto quer dizer, tentar encontrar a resposta para os problemas, nos próprios agentes causadores desses problemas. Ou seja, é preciso agir diferente do *Barão Münchhausen* que ao cair em um pântano puxou seus próprios cabelos para tentar escapar<sup>3</sup>.

Sendo assim, é preciso se perceber as alterações propiciadas pela mudança de paradigma operada a partir do segundo pós-guerra, a qual culmina em uma modificação não apenas da esfera jurídica, mas desta, da própria política e de como ambas acabam por se relacionar, levando em consideração como tal relação ocorre em países como Brasil no qual o processo de acumulação e circulação do capital não se desenvolveu plenamente, e onde as promessas da modernidade permanecem incumpridas.

Pensando tal problemática, este trabalho, a partir do método bibliográfico buscou referencial teórico em balizada doutrina, pátria e estrangeira, condições para que pudesse encontrar a partir de âmbitos diversos novo arcabouço que renovasse a discussão acerca do exercício do poder punitivo.

Desse modo, para ter tal instrumental que pudesse dar conta da problemática apresentada, objetivou-se genericamente analisar como a Constituição, a partir dessa mudança paradigmática, é fundamento e limite ao *potestas puniendi*. Para conseguir atingir tal objetivo, é necessário percorrermos ainda o

---

<sup>3</sup> Se trata da história do Barão de Münchhausen, um herói que ao cair em um pântano, juntamente com seu cavalo, consegue escapar puxando seus próprios cabelos (LÖWY, 2000).

caminho de investigar a evolução dos discursos fundamentadores tradicionais do poder de punir, para ter noção exata do estado d'arte da temática, estudo que se apresenta no tópico 1 deste trabalho.

Buscou-se ainda, analisar como o constitucionalismo contemporâneo opera diversas modificações e como ele se relaciona com o direito penal, tendo em conta a ideia de um Estado Constitucional. Tal discussão se apresentou no tópico 2 deste trabalho, desenvolvendo a ideia de Estado Democrático de Direito como Estado Constitucional e como há sensíveis modificações estruturais a partir desse novo paradigma.

A procura de soluções para os problemas de nossa própria realidade, este trabalho buscou analisar como o ordenamento constitucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988 possui as bases e, principalmente, os limites para o exercício do poder do Estado através do sistema punitivo, especialmente pelo seu núcleo principiológico, evidenciando tal objetivo no tópico 3.

Por fim, a conclusão apresentará como resultado obtido por esta pesquisa que a partir das alterações paradigmáticas ocorridas no Brasil operadas pela Constituição de 1988, o direito penal não pode ficar blindado, devendo ocorrer sua abertura e sua conformação para os ditames democráticos, sendo que isso se trata de dar um novo sentido ao direito penal, importando, que este tem a função de liberar o homem e proporciona-lhe seu modo-de-ser mais autêntico.

## 2 DIREITO PENAL E TEORIA DAS PENAS: EXCURSO PELO SABER PENAL

### 2.1 NOTA SOBRE O DIREITO PENAL

O homem é eminentemente um animal social, sendo que esta afirmação traz implicações incontornáveis. Tal assertiva,

importa que, para possibilitar a harmonia entre os indivíduos são necessárias as construções de normas sociais que visem tal fim. Nesse intento, encontramos as normas éticas, morais e por fim, as normas jurídicas. Estas possuem como característica diferenciadora das outras duas, o fato de possuírem coercitividade, significa dizer, que pelo descumprimento do mandamento jurídico poderá ser atribuída ao agente da conduta desviante, uma sanção.

Ainda no sentido da sanção a ser atribuída como aspecto diferenciador da norma jurídica, cabe dizer que ela não se viabiliza apenas como mera coação psíquica, mas podendo ser materializada pela própria coação física e através da restrição, por parte de poderes instituídos, da própria liberdade do indivíduo, por exemplo: o indivíduo que deixa de cumprir ordem judicial poderá ser coagido a fazê-lo ainda que não queira. De tal modo, é possível dizer que o direito penal pode ser formalmente considerado como “[...] conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes[...]” (BITENCOURT, 2014, p.36), ou seja, são as normas que visam a proteção de bens jurídicos que não encontram suficiente proteção por outros ramos do direito.

Nesse sentido, seguindo a característica do direito em geral, o direito penal também possui como característica a coercitividade e, portanto, atribuição de sanções, mas o que diferenciaria o direito penal de outros ramos do direito como, por exemplo, o civil? Para responder a essa pergunta, trazemos à lume as palavras de Salo de Carvalho (2013, p. 39-40):

[...] o direito penal se distingue das demais esferas do direito (instâncias formais de controle) pela natureza e pela intensidade da sanção: enquanto a sanção característica dos demais ramos do direito, notadamente o direito civil, é de natureza reparatória (restituição, ressarcimento), a pena criminal implica necessariamente a privação ou a restrição de um direito (liberdade).

Ao encontrarmos como diferencial do direito penal, a sanção que a ele está vinculada, e já tendo discorrido, ainda que brevemente, acerca do próprio direito, podemos passar a analisar

as teorias que buscam dar fundamentação às penas, ou seja, que buscam demonstrar o “por quê”, o que dá sustento ao exercício do poder punitivo por parte do Estado.

## 2.2 TEORIAS DA PENA: FUNDAMENTOS AO EXERCÍCIO DO PODER DE PUNIR

Encontramos como caráter diferenciador do Direito Penal a sanção que a ele se relaciona, ou seja, a pena, daí se constroem teorias que as justifiquem, que às fundamentem; significa que tais teorias “[...] operam, portanto, como discursos de racionalização do poder soberano, sobretudo porque o monopólio da coação legítima representa uma das principais conquistas da modernidade” (CARVALHO, *op.cit.*, p.40).

Para além da sua intrínseca (e óbvia) relação com o direito penal, concordamos plenamente com o que nos informa Zaffaroni e Pierangeli (2015, p.114), ao afirmarem que “[...] posto que a pena é o que caracteriza o direito penal, cada teoria da pena é uma teoria do direito penal que tem suas próprias raízes filosóficas e políticas[...]”, encontramos, ainda, a intrínseca relação entre pena e Estado — e portanto, inevitavelmente, com próprio direito penal — em que aquela serve de instrumento ao Estado como meio de proteger bens jurídicos, os quais entende serem essenciais para garantir o convívio, logo, isso significa que a depender de como se pretende organizar o Estado, distintamente será o seu conceito de pena. Tais conceitos estão “[...] inter-relacionados, a tal ponto que a uma determinada teoria de Estado corresponde uma teoria da pena[...]” (BITENCOURT, 2014, p.130).

Destarte, fica sobremodo evidente a importância do desenvolvimento das teorias da pena e como elas correspondem às reformulações e evoluções presentes no desenvolvimento da própria teoria do Estado, ou seja, conforme o pensamento acerca do Estado evolui, a partir do contexto social, cultural e político,

as penas e, por corolário o direito penal, não ficam imunes, ou melhor, não deixam de ser vistos, também, como uma expressão do *Zeitgeist*.

Para os limites deste trabalho, passaremos a abordar nos tópicos seguintes as teorias de fundamentação da pena que se consolidaram ao longo do tempo, quais sejam, as teorias absolutas (nos limitando às teses de Kant e de Hegel) e relativas (prevenção geral e prevenção especial), reservando espaço, também para discussão, ainda que brevemente, sobre as teorias mistas da pena. De tal modo, pretende-se dar um panorama do pensamento tradicional acerca dos discursos de justificação da pena.

### 2.2.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS DA PENA

Tradicionalmente, encontramos como uma das primeiras justificações da pena, a ideia de que seria um modo de expiação do pecado, pois assim como Estado (até então absolutista) tinha fundamento divino que se personificava na pessoa do rei, a pena seria o instrumento pelo qual se expiaria o pecado, desse modo não surpreendente que as penas recairiam sobre os corpos dos condenados (Cf. FOUCAULT, 2014).

Com a ascensão do Estado burguês, perdendo, portanto, seu fundamento na ordem divina, mas sendo, a partir de agora, a expressão soberana do povo (tese que se desenvolve a partir do contratualismo), a pena não é mais vista como expiação. “À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens” (RAMIREZ e MALARÉE *apud* BITENCOURT, 2014, p.134).

Sendo assim as teorias absolutas, também podem ser chamadas como retribucionistas pelo fato de se caracterizarem em geral, por entenderem a pena como um mal, um castigo com o qual se retribuiria o mal causado pelo delito. A imposição da pena, como bem observa Bitencourt, “estaria *justificada*, não

como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado.” (*op.cit.*, p.133).

Com base nisso podemos trazer à colação, a teoria desenvolvida por Immanuel Kant, filósofo e expoente do idealismo alemão, que desenvolveu sua teoria acerca da pena, a qual podemos encontrar no texto chamado *Metafísica dos Costumes*. A pena no pensamento kantiano traz um fundamento ético, sendo considerada um imperativo categórico, assim como a própria lei penal descumprida, significa dizer que ela representa uma ação em si mesma. Em suma significa que “O mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo” (KANT, 2013, p. 138).

Outra implicação que se tem a partir do modelo kantiano é a impossibilidade de se atribuir qualquer finalidade utilitária para pena, seja intimidar ou corrigir o delinquente; a pena por ser em si mesma, deve servir unicamente para retribuir o mal causado pelo agente, haja vista que ao se atribuir qualquer caráter utilitário à pena acabaria por se instrumentalizar o homem, sendo que

*A pena judicial (poena forensis) [...] nunca pode servir meramente como meio para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas sim tem de ser infligida contra ele apenas porque ele cometeu o crime. Pois o homem nunca pode ser manipulado como mero meio para os propósitos de um outro, nem ser contado entre os objetos do direito real [...] (Op. cit., p.137-138).*

Sendo assim, a pena para Kant teria como “[...] exclusivo objetivo a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção e sua própria justificação.” (CARVALHO, 2013, p.55).

Podemos encontrar, ainda, no pensamento de Hegel acerca da pena, a expressão de seu pensamento acerca do Estado e do Direito, e principalmente, do seu método. Hegel (2010) parte da pena como a “negação da negação do Direito”, logo o fundamento hegeliano se trata, diferentemente de Kant, de um



fundamento jurídico: entendendo que a vontade geral simbolizada pela ordem jurídica (tese) seria violada, perturbada a partir da conduta delituosa do agente, vontade particular do mesmo (antítese), ou seja, a negação daquela, a pena (síntese) representaria a negação da negação, significa dizer, que através do estabelecimento de uma pena com equivalente intensidade ao delito, seria possível o restabelecimento da ordem jurídica que foi perturbada.

Outra consequência, a qual também afasta a ideia de um caráter utilitária à pena, é de que só através da pena é que é possível entender o delinquente como ‘racional’ e ‘livre’, nas palavras de Hegel: “[...] o Estado tem de fazer valer, porém também a racionalidade formal, o *querer* do indivíduo *singular*, reside na *ação* do criminoso. Que a pena seja aí considerada como contendo *seu* próprio direito, nisso o criminoso é *honrado* como um ser racional.” (HEGEL, 2010, p.123).

A essa altura cabe observar as diferenças entre as teses de Kant e Hegel. Encontramos na fundamentação da pena, o ponto em que fica evidente a divergência entre os pensadores: “Enquanto Kant legitima a pena na sua necessidade ética, Hegel encontra seu fundamento na necessidade jurídica. Com Kant, a comissão do delito perturba a ordem moral absoluta, e com Hegel, a ordem jurídica” (BUSATO, 2015, p. 220).

Apesar de ser atribuídas às teses absolutas os méritos de trazerem as limites à punição, não lhes faltam críticas. A começar pelo fato de que se torna incompatível, nessa quadra da história, uma fundamentação autorreflexiva em que retire qualquer dimensão social à pena, haja vista, que contemporaneamente o direito penal visa a proteção de bens jurídicos socialmente relevantes (CARVALHO, 2013).

Por outro lado, a ideia de retribuição, não faz outra coisa senão deslocar racionalmente a “vingança” do domínio privado para ser exercida pelo Estado. Ora, que é senão, “vingança” a retribuição de um “mal” por outro “mal” (FERRAJOLI, 2011),

ainda que se pretenda estabelecer que um seja um mal “justo” (pena) e outro “injusto” (delito).

Por fim, apesar de se pretender uma limitação ao poder punitivo, as teorias retribucionistas podem ser amplamente utilizadas para justificar modelos penais autoritárias, haja vista que [...] pode legitimar, sobretudo, em sociedades imersas na cultura punitivista, a aplicação de penas extremas e cruéis, se efetivando a partir de uma operação simplificadora de adequação ou de identificação entre extensão do dano e a intensidade da pena (princípio taliônico) - (CARVALHO, 2013, p. 60).

De tal modo, as teses retribucionistas acabam por darem azo ao arbítrio de modo que o Direito Penal não pode cumprir sua função limitadora ao exercício do poder punitivo, servindo, pois, ao contrário, permitindo o uso desmedido do aparato repressivo do Estado.

## 2.2.2 TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS DA PENA

Na contramão do que apregoam as teorias retributivas ou absolutas, que entendem a pena como a retribuição a um mal com outro mal, seja com fundamento ético (Kant) ou fundamento jurídico (Hegel), as teorias relativas entendem a pena como um mal, mas um mal necessário como forma de fazer com que se mantenha a ordem e se previna o cometimento de novos delitos. Pode-se dizer que em certa medida as teorias preventivas tem como fundamento a crença na coação psicológica, ou seja, de que a punição serve para intimidar que o próprio agente ou os demais cometam o delito. De tal modo, diferentemente das teorias absolutas, as preventivas voltam seus olhos para o futuro.

As teorias preventivas são aquelas que pretendem que a pena atue sobre aqueles que não delinquiram, chamadas de teorias da prevenção geral, as quais se subdividem em negativa (dissuasórias) e positivas (reforçadoras). Por sua vez existe aquelas que pretendem que a pena atue sobre os indivíduos que delinquiram as chamadas teorias da prevenção especial, que também se

subdivide em negativas (neutralizantes) e positivas (que incutem um valor positivo no indivíduo) (CARVALHO, 2013). Para os limites deste trabalho nos deteremos àquelas que tiveram maior difusão na literatura e que também estão presentes no imaginário das pessoas no que diz respeito à pena, quais sejam: a teoria da prevenção geral negativa e a teoria da prevenção especial positiva.

A teoria da prevenção geral negativa encontra como principal expressão a tese da coação psicológica desenvolvida por Feurbach, a intimidação penal se expressa na ideia de que “o Estado espera desestimular pessoas a praticarem crimes pela *ameaça da pena*” (SANTOS, 2010, p. 467). Por sua vez, a partir do pensamento contratualista — por todos Beccaria — poderá se encontrar que a prevenção não se configura a partir de uma ameaça da pena, mas sim a certeza da pena que o desestimularia o cometimento do delito (*idem*).

Do início do século XX o Estado sofre transformações que acabam por levar a uma modificação na fundamentação da pena; sai de cena um Estado absenteísta e entra em cena um Estado intervencionista, o *welfare state*. Nesse período é notória a influência do positivismo, especialmente das escolas criminológicas, o que direciona os discursos fundadores do crime e da coação psicológica, para o homem delincente (*homo criminalis*). Assim, as teorias de prevenção especial positiva entendendo o crime como desvio social equiparável a uma doença, a pena teria, portanto, um caráter profilático, que possibilitaria a reabilitação do indivíduo delincente.

De tal modo, opera-se uma abertura da ciência criminológica a outras ciências como psiquiatria, psicologia, pedagogia e etc. Fica evidente que ocorre uma espécie de *naturalização* do delito em relação ao autor, quer dizer, o delito é algo inerente aos indivíduos que cometem os delitos, pois eles possuem características que assim o são determinantes (CARVALHO, 2013).

Um problema imanente às teorias preventivas em geral é

que partem de construções metafísicas acerca do indivíduo e seu agir, quer dizer, que o lugar a partir do qual desenvolvem suas teses sobre o fundamento da pena é a idealização dos sujeitos, logo, restam ausentes demonstrações empíricas do que afirmam (*idem*). É de se notar desde logo o caráter autoritário de tal discurso de fundamentação: partindo de idealizações, o correccionismo pretende a correção do indivíduo para uma determinada matriz de pensamento a qual se estabelece a partir de relações de poder no seio da sociedade. Por exemplo: seria aceitável que o indivíduo que pretende fazer reivindicações políticas diferentes das pautadas pela ideologia oficial, poderia sofrer uma pena para ser *corrigido e readaptado*; o que seria isso senão uma construção típica de estados autoritários, o que resta incompatível com a democracia?

Outra consequência não menos autoritária da teoria da prevenção geral é que culminam em uma criminalização exacerbada. Nesse sentido como assevera o mestre italiano Luigi Ferrajoli (2011, p. 279) “[...] a prevenção geral enquanto fornece garantias contra o terrorismo penal judicial, não impede o terrorismo penal legislativo. [...] ‘Na lógica da prevenção geral’, escreve Giuseppe Bettiol, ‘há um trágico ponto de chegada: a pena de morte para todos os delitos’”<sup>4</sup>.

A prevenção especial positiva, possui ainda outra incongruência se pensada a partir dos textos constitucionais das democracias contemporâneas. Ao dar à pena um caráter curativo acaba por reduzir o controle jurisdicional exercido sobre o indivíduo: as instituições totais (FOUCAULT, 2014; GOFFMAN, 1974) atuam aniquilando os caracteres individuais do agente sob a justificativa de trata-lo e torna-lo apto a ser reinserido na sociedade. Em certa medida, há um duplo sofrimento: espiritual e corporal. De tal modo, fica evidente ser uma fundamentação

---

<sup>4</sup> “Em suma, la prevención general a través de la amenaza legal de la pena, si bien brinda garantías contra el terrorismo penal judicial, no impide el terrorismo penal legislativo. [...]«En la lógica de la prevención general», escribe Giuseppe Bettiol, «hay un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos.»”

contrária a concepção de dignidade da pessoa humana que se encontra presente nos textos constitucionais.

Por sua vez, há ainda uma outra consequência que se evidencia em confronto ao que institui o Texto Magno, qual seja, o de sustentar modelos penais autoritários de direito penal do autor e não do fato. Partindo dos critérios criminológicos estabelecidos de classificação de características do homem delinquente, fica evidente, que as agências punitivas se voltam para um determinado setor da sociedade. Assim sendo, resta evidente o caráter autoritário de tais discursos de fundamentação da pena (CARVALHO, 2013).

### 2.2.3 TEORIAS MISTAS DA PENA

Diante da crise sofrida pelas teorias retributivas e relativas, surge como solução o discurso de fundamentação que pretende unir aspectos da teoria retributiva com a teoria relativa de maneira que a partir da unificação se operasse a complementação e preenchimento das lacunas presentes em ambas teorias consideradas isoladamente. Inclusive, pode-se encontrar dentre as teorias unificadoras, posições que pretendem conciliar aspectos da teoria preventiva geral e especial, como assim pretende autores como Roxin (1997, p. 103) que deixa clara sua posição, ao afirmar que

A teoria penal aqui defendida se pode resumir, pois, como segue: a pena serve aos fins de prevenção especial e geral. Se limita em sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode ficar aquém deste limite quando necessário às exigências preventivo-especiais e a não se oponham exigências preventivo-gerais mínimas..

Tecer críticas às teorias unificadoras não encontram muitos óbices. A ideia de conciliação a partir de fundamentos diferentes culminará exatamente no contrário do que pretende, haja vista ser inconcebível que a união de sistemas — os quais considerados isoladamente seriam insuficientes — poderá,

romanticamente, solucionar seus problemas iminentes. Neste sentido, damos razão a Muñoz Conde (2001, p.73) ao afirmar que as teorias unificadoras

[...] como toda solução de compromisso, desemboca em um ecletismo que, querendo contentar a todos, não satisfaz totalmente a ninguém.”, sendo que “Retribuição e prevenção são dois polos opostos de uma mesma realidade, que não podem subordinar-se um ao outro, mas mutuamente coordenados.

Diante do que se expôs, resta clara a inconsistência das tentativas teóricas de conciliação de polos tão distintos, especialmente no âmbito do pensamento penológico, restando evidente que “As combinações teóricas incoerentes em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso” (ZAFFARONI *et al. apud* CARVALHO, 2013., p.123).

#### 2.2.4 A CRISE DOS DISCURSOS DE LEGITIMAÇÃO DAS PENAS E A PROCURA POR ALTERNATIVAS

As teorias unificadoras da pena, como aponta Salo de Carvalho (*op. cit.*) representam a crise dos discursos que tentam justificar (e legitimar) o exercício do poder punitivo. Ao tentar reunir, de maneira reducionista, posicionamentos inconciliáveis fica demonstrado que o *mainstream* procura dar solução para uma realidade que as teorias não comportam, porém, buscando uma resposta reflexiva (no sentido de voltar a si mesma), como se o problema pudesse ser resolvido com mais do mesmo.

Se por um lado, nos países centrais a crise das teorias justificadoras tem uma consequência, em países como o Brasil, as consequências são ainda mais catastróficas. Tendo que na nossa realidade os processos da modernidade não se desenvolveram e de tal modo ocorre que o uso cotidiano do fenômeno punitivo se distancia ainda mais do que ficam enunciados nos discursos justificadores, pois

[...] os fenômenos da punição e do encarceramento derivam de uma densa e complexa rede de variáveis, o que diminui sobremaneira as expectativas teóricas de cunho idealista no sentido do desenvolvimento de um modelo explicativo universal (teoria da pena) - (*op.cit.*, p.135).

Sendo assim, para encontrar uma solução para a crise vivida pelos discursos justificadores é necessário que ocorra realocação da discussão, para um lugar além do que já está posto e que possibilite a ressignificação do fenômeno punitivo de acordo com a realidade marginal e sem pretensões de universalidade.

Para isso se torna necessária a discussão sobre as mudanças paradigmáticas ocorridas — para os limites deste trabalho — no Brasil, após a promulgação do texto constitucional de 1988. De tal modo, passamos a fazer discussão ao longo dos próximos tópicos sobre os “giros” perpetrados através da mudança de paradigma.

### 3 CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: NOTAS SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL

Antes de se adentrar numa discussão acerca de uma construção democrática para o direito penal, é preciso que se estabeleça o “lugar” de onde se fala, ou seja, deixar claro a partir de qual perspectiva observamos a problemática, qual a matriz que nos dá instrumentos para (re)pensar o direito penal. Para o presente trabalho, parte da resposta encontra-se na própria pergunta: ao indagar sobre os fundamentos constitucionais para um direito penal democrático, já apontamos para o lugar de onde deveremos encontrar as respostas, ou seja, se queremos dar conta (ainda que precariamente) das condições de possibilidade para um direito penal democrático, devemos voltar nossos olhos para uma relação mais originária que se dá entre Constituição e Democracia, algo que passamos a discutir ao longo deste tópico.

Após duas guerras mundiais e as diversas atrocidades cometidas pelos regimes autoritários, o mundo se viu com a

necessidade de rediscutir os caminhos a serem seguidos e como fazer isso; a ideia de Direito e da própria Democracia, foram colocadas no “banco dos réus”. É assim que surge no mundo o movimento acerca da construção de Constituições normativas, com núcleo rígido de direitos e garantias fundamentais, que viabilizassem a dignidade da pessoa humana<sup>5</sup>.

Seguindo o movimento ocorrido na Europa, temos no Brasil algo semelhante, mas que precisa ser interpretado conforme às peculiaridades de nossa realidade. Temos uma história marcada pelo autoritarismo, o qual podemos dizer que nos foi legado pelo longo processo de colonização e que deixou marcas na formação do próprio Estado brasileiro, que com Faoro (2012) podemos afirmar ser patrimonialista-estamental. É após outro longo período de regime autoritário que surge o Texto Constituinte de 1988 que recepciona a mudança ocorrida no continente europeu, incorporando a ideia de força normativa de seu texto, um núcleo vasto de direitos fundamentais<sup>6</sup> e institui o Estado

---

<sup>5</sup> Cabe nota que em alguma medida, a rediscussão proposta pelo pensamento jurídico-político do pós-guerra, acaba por ser uma ampliação do projeto da modernidade. Apesar de se encontrar traços já na antiguidade passando pelo medievo do fenômeno do constitucionalismo, entendemos que assim como o direito penal, as constituições como são (ou pretendem ser) contemporaneamente, são formulações que têm raízes na modernidade, interpretando-as (igualmente, o direito penal), como instrumentos de limitação do poder do Estado, ainda que hajam sensíveis reformulações advindas com o conhecido constitucionalismo social, que encontrou como principais expressões as constituições mexicana e da República de Weimer, que permaneceram a influenciar o pensamento constitucional pós-bélico.

<sup>6</sup> Inclusive, um rol extenso de direitos fundamentais sociais. Aqui é de se enaltecer a sensibilidade do Constituinte, que bem interpretou as condições materiais de nossa realidade e percebeu haver a necessidade de vincular a atuação do próprio Estado brasileiro, no sentido de concretizar tais condições para viabilizar o próprio exercício pleno da cidadania e garantir a dignidade da pessoa humana. Nesses termos, se torna inevitável a constatação que a Constituição de 1988 se caracteriza pelo o que ficou conhecido como Constituição Dirigente. Esta tese, tem nascedouro no pensamento do alemão Peter Lerche, mas que teve difusão em terras brasileiras a partir do trabalho do eminente constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, encontrando recepção, ainda que operando modificações para conformar-se com a realidade brasileira, nas obras de juristas de escol, como Lênio Streck e Gilberto Bercovici. Para mais sobre a temática, cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão*



Democrático de Direito.

É significativo que o texto constitucional tenha trazido em seu art.1º, que o Brasil seja um Estado Democrático de Direito, pois importa em uma mudança de paradigma, ou seja, é uma nova forma de pensar o Direito e próprio Estado, pois como enunciam Streck e Bolzan (2014. p. 98) o “Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade”, de modo que pretende

[...] ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare state* neocapitalista –, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores. (*op.cit.*, p.100).

No intento de melhor configurar Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar como princípios do Estado Democrático de Direito: a vinculação a uma Constituição, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, Justiça Social, igualdade, separação das funções do Estado, legalidade, segurança e certeza jurídicas (*op.cit.*, p.99 *et seq.*).

Dos princípios enunciados podemos afirmar que o Estado Democrático de Direito é sobretudo como um Estado Constitucional, porquanto encontra como base uma Constituição normativa que serve além de garantia jurídica, como fonte de legitimação da ação política estatal, apontando diretivas também para a própria sociedade como forma de garantir a transformação da realidade. A vinculação à Constituição, por sua vez, importa no respeito a organização democrática da sociedade como face da liberdade para garantir a manifestação dos interesses

---

*jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, p.35-51, abr. 1999. BERCOVICI, Gilberto. La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution. *Buletin Stiintific - Scientific Bulletin*, Romania, v. 20, p.1-33, 2011.

político-sociais.

O sistema de direitos fundamentais (juntamente com suas garantias), se configuram como verdadeiras limitações às maiorias ocasionais que tendem a suprimir o projeto de sociedade ao qual se propôs à época da Assembleia Constituinte. Nesse mesmo sentido de garantia à (e da) Constituição, encontramos a separação das funções do Estado, segurança e certezas jurídicas, que se traduzem em verdadeiras condições de possibilidade para efetivação do que estabelece o Texto Magno, bem como se configuram em garantias para os próprios cidadãos. Como bem enuncia o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não se acha assegurada nem a separação de Poderes estabelecida não tem Constituição.”

Sendo assim é sobremodo pertinente, o que nos fala André Copetti (2000, p.77-78) acerca do nosso próprio texto constitucional, o qual cabe transcrição:

A Constituição Federal de 1988, sem dúvida alguma, contém um projeto com objetivos voltados a um processo de transformação do Estado e da sociedade brasileira, e isso exige não só a sujeição do Estado a processos jurídicos e a realização não importa de que idéia (*sic*) de Direito, mas também a sua sujeição a critérios materiais que o transcendem, especialmente através da conjugação de dois princípios substantivos constantes na Constituição Federal: o princípio da soberania do povo e dos direitos fundamentais, previsto no artigo 1º, parágrafo único, incisos I, II e III, e o da realização da chamada democracia econômica, social e cultural como objetivo da democracia política, que está também no artigo 1º, nos incisos IV e V, e no artigo 3º, incisos I, II, III e IV.

Destarte, em um Estado Democrático, condizente para a realidade do capitalismo marginal brasileiro, necessita-se respeitar o núcleo fundamental do texto fundante do Estado, bem como guiar as decisões políticas estatais no sentido de transformar a realidade no qual está inserido (permanecendo, portanto, vinculado a um conteúdo utópico, mas que não se desliga da materialidade da existência, do mundo) possibilitando, assim, atingir-

se, ainda que precariamente, os objetivos estabelecidos no texto constitucional<sup>7</sup> para a república brasileira.

De tal modo, ao pensar sobre o Estado Democrático de Direito estamos a falar de um Estado Constitucional no qual o fundamento para o agir do próprio Estado se encontra em sua conformidade com o texto constitucional ou como Bercovici (2000, p. 38) nos diz, “Passa-se a se exigir a fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos. Tradicionalmente, essa fundamentação material é dada essencialmente pelos direitos fundamentais”.

Aprofundando essa perspectiva, pensando a própria relação entre Direito e Política, Constituição e Democracia, em vez de encontrarmos uma possível tensão entre elas, ao contrário, podemos identificar uma relação de complementariedade e mútua legitimação: ao passo que as decisões políticas encontram fundamento no respeito aos direitos fundamentais, a Constituição o faz sendo instrumento de garantia, de vetor de um projeto de sociedade. Nesse sentido, sobretudo pertinente o que aduz Lenio Streck (2014, p.118):

A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofa em que convergem a dimensão democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de 'essência' do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente.

Sendo assim, a partir dessa concepção, encontramos o entrelaçamento entre o agir do Estado, enquanto decisões políticas e a sua necessária adequação à Constituição, a qual não pode

---

<sup>7</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

ser entendida em sua mera normatividade, mas encontrando seu sentido na própria realidade à qual visa transformar. Da constatação da refundação entre Direito e Política, e tendo clara a função da Constituição nesse cenário, podemos partir para formulação da resposta à pergunta norteadora deste trabalho, e portanto encontrarmos os fundamentos que deem legitimidade para o exercício do poder de punir do Estado, tema ao qual passamos a discutir no próximo tópico.

#### 4 PENA E CONSTITUIÇÃO: APORTES PARA UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO

Resta evidente que para compreender o fenômeno da pena é preciso indaga-lo a partir da mudança de paradigma evidenciada no tópico anterior. Em suma, a ideia da pena deve se adequar a uma nova matriz de pensamento que postula o Estado Democrático e para isso se faz necessária a alteração do *locus* de discussão sobre tal temática.

De tal modo, ao perguntarmos pelo *sentido* da pena (o que culmina na pergunta pelo *sentido* do direito penal) estamos indo além, quer dizer: está a se indagar aquilo que é objetificado pelo que dá condição aos discursos legitimadores, ou seja, a própria “essência” *metafísica* que sustenta tanto teorias retributivas, relativas ou mistas. Como nos diz Ernildo Stein (1997, p.88) “A metafísica é basicamente, se pensarmos a coisa mais profundamente, o nome para um pensamento objetificador que não tem a percepção da diferença entre objeto e significado”.

Sendo assim, ao não nos apercebermos das alterações proporcionadas pela mudança de paradigma e permanecendo atrelados a discursos justificadores universalizantes, permanecemos encobrimo uma dimensão sobremodo importante do fenômeno. Neste sentido é salutar as palavras de Zaffaroni (2010, p.198) ao dizer que é

Por isso, o discurso que pauta o jurídico-penal não pode ser 'pronto' e, sim, 'inacabado', aberto às contingências e espaços

que a dinâmica do poder das agências do sistema penal venha a lhe abrir, oferecendo-lhe mais oportunidades para reduzir a violência do exercício deslegitimado do poder.

Ao se construir teorias que tentem justificar juridicamente o exercício do poder punitivo acaba por pressupor a punição e excluir do âmbito de discussão o necessário diálogo com a própria realidade; e esta é sustentáculo de refutação para a pretensão de encontrar um fundamento jurídico para a pena. Nessa quadra é salutar a lição do mestre da escola de Recife, Tobias Barreto (1892, p. 177 -178) ao nos dizer que

O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das theories correntes em tal materia consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequencia de direito, logicamente fundada[...]. Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o facto de que ella tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio a vida jurídica.

Fazendo coro à lição de Tobias Barreto, encontramos, portanto, o lugar de encontro entre a pena e a Constituição; sendo aquela pertencente ao político e não ao jurídico, importa que ela deve encontrar nesta, os eixos orientadores que definirão seus caminhos e seus sentidos. De tal modo, a pena deve ser percebida dentro dos parâmetros de relação que são estabelecidos entre o Direito e Política, ou seja, cumprindo a função de instrumento de consecução dos fins estabelecidos pela Constituição, como se esboçou no tópico anterior. Nesse sentido:

Com isso, teremos a vinculação do direito penal vigente às concepções morais, sociais, econômicas, critérios de valor e pautas de conduta e de cultura que se acham encartadas na Constituição, de modo que se o legislador afasta-se desses limites, podemos dizer que a norma legislada é inconstitucional por violar princípios fundamentais constantes no contrato social constituionalizado (COPETTI, 2000, p.102).

Desse modo, a partir do núcleo liberal da Carta Política, o qual se escusa de definir discurso legitimador para a pena, encontramos a face limitativa ao exercício do poder punitivo por

parte do Estado, buscando a redução dos danos causados pela sanção penal.

Nessa quadra, é preciso deixar clara a filiação teórica que propõe a teoria agnóstica (ou negativa) da pena. Em breves palavras, pode-se dizer que a teoria agnóstica recoloca a discussão para outro espaço, partindo da ideia de que a pena possui um fundamento político, exercendo controle social, sendo um fenômeno que ainda não pode ser superado nesta quadra da história (CARVALHO, 2013).

Assim sendo, um direito penal para que se pretenda adequado à Constituição, em vez de buscar a legitimação do exercício do poder punitivo, deve justamente ter clareza de que “[...] a função do discurso e das práticas jurídicas é a de deslegitimação dos excessos inerentes ao *exercício político do poder de punir*[...]” (*op.cit.*, p.147). O que por sua vez não pode ser entendido separadamente de um projeto político de construção de um Estado Social, ou seja, levando em consideração ambos núcleos formadores do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, é

A partir daqui começa a se desenhar uma proposta de um Estado liberal mínimo e de um Estado social máximo, o que implica um Estado e um Direito mínimo na esfera penal e, por outro lado, um Estado e um Direito máximo na esfera social (COPETTI, 2000, p. 83).

De tal modo, a vinculação do fenômeno político do exercício do poder punitivo aos parâmetros constitucionalmente estabelecidos, implica, a partir da própria relação que se estabelece entre o político e o jurídico baseado no marco do constitucionalismo contemporâneo preocupado com a realidade na qual se insere, qual seja a brasileira, implica na redução de danos gerados pela violência do poder e, portanto, o controle do próprio poder.

A importância de colocar a discussão nesses termos, é nos afastarmos de idealizações que possam atribuir sentido positivo para a pena, de modo que não apenas a fundamente “autorreferencialmente”, como fundamente, também, a própria expansão do poder punitivo, pois, “As narrativas fundamentadoras

se transformam sempre em mecanismos de potencialização das retaliações aos dissidentes (inimigos internos ou externos). O exercício do poder de punir, na forma de pena ou de guerra, simboliza a negação do direito” (CARVALHO, 2013, p.158).

Uma das consequências de seguir tal corrente se refere a ir de encontro a uma das posições mais firmemente consolidadas junto à doutrina, qual seja, a de atribuir um direito subjetivo ao Estado no que diz respeito a sua função de exercício do poder punitivo.

Costumeiramente, após o fim da vingança privada, se atribui ao Estado um direito de incriminar e penalizar as condutas da vida, ainda que se afirme que tal direito se encontre limitado. No nosso entender, tal atribuição não se perfaz, uma vez que encobre o caráter político e de poder que é imanente ao agir punitivo estatal, além de que trata de, equivocadamente, tentar colocar o Estado como “sujeito” em equivalência com o cidadão, como se fosse seu objetivo precípuo, a condenação. Por exemplo, não se ousaria dizer que o Estado tem um direito subjetivo a tributar, invadindo a esfera patrimonial do cidadão; o faz por exercício de poder limitado e direcionado pelos objetivos constitucionalmente estabelecidos. Pois como nos diz Zaffaroni (1998, p. 33),

[...] não é concebível um direito penal "subjetivo", entendido como um "direito a incriminar" exercido pelo “sujeito” Estado. Não temos dúvida de que o direito penal é a forma mais grave de controle social institucionalizada pelo Estado, mas não pode seguir que o Estado "goze" de um direito subjetivo para incriminar o comportamento dos habitantes da nação e penalizá-las.<sup>8</sup>

Assim sendo, “A pena, isenta de qualquer de qualquer

---

<sup>8</sup> Tradução livre do autor, a partir do original: “no es concebible un derecho penal "subjetivo" entendido como un "derecho a incriminar" ejercido por el "sujeto" Estado. No nos cabe duda de que el derecho penal es la forma de control social más grave institucionalizada por el Estado, pero de allí no puede seguirse que el Estado "goce" de un derecho subjetivo a incriminar conductas de los habitantes de la Nación y penales”.

fundamentação jurídica e órfã de qualquer finalidade, é reconduzida ao campo da política como uma representação concreta do *poder*.” (CARVALHO, 2013, p. 154), e portanto, se abre para ser limitada e ter reformulada sua missão política dentro de determinada realidade, orientada por um projeto político de sociedade em que se tenha a garantia e expansão das liberdades bem como a consecução das pretensões materiais dos cidadãos, o que colocado em nossa realidade ganha importância. De tal modo,

[...] um sistema penal que seja parte de uma estrutura jurídica que busque constantemente a realização dos direitos humanos deve ser o resultado prático de um ordenamento que tutele como bens jurídicos os meios necessários para a realização do homem em coexistência (COPETTI, 2000, p. 59).

Quer dizer, pois, que o sistema penal deve servir para a concretização de um projeto de liberdade do homem, não o contrário, ou seja, de buscar limitar o homem e sua liberdade, restringindo-os com fundamento em critérios autoritariamente estabelecidos. Nesse sentido podemos dizer que o direito penal cumpre a função de garantir o existir entre indivíduos em um mundo necessariamente compartilhado, pois como nos afirma Heidegger (2015, p. 175) ao falar sobre um dos modos de ser do *Dasein* “O ser-em [o ser-em quer dizer, o ser-em-um-mundo] é *ser-com* os outros”.

Sendo assim, o direito penal deverá ser instrumento que dê condição de possibilidade para o “desvelar” e que permita o “encontro” d(n)o mundo em que há a coexistência entre os indivíduos. Em verdade, o pensamento penal deve ter como eixo central o próprio homem e não se achar autossuficiente em seus próprios termos, tornando homem meio. Nesse sentido, pertinentes são as palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 334):

O mundo se 'abre' quando o homem encontra-se com o outro no temor pelo bem jurídico do outro, e se fecha quando se aliena por detrás de um ídolo: o Estado, a 'comunidade do povo', [...] a pátria socialista, [...] a cultura, [...]etc. Qualquer destas expressões pode ocultar um ídolo que permita 'fechar-se'. Este 'encontrar-se' é uma atitude anímica e não é definível, mas é



perfeitamente identificável saber quando abre e quando fecha em matéria penal: o que quer ouvir se dará conta disto, mas o que quer permanecer surdo jamais se aperceberá, perdendo-se na idolatria.

Nessa esteira é imperioso perceber como que a Constituição representa uma dimensão existencial na qual o direito penal deve se conformar e encontrar seu fundamento — ainda que precário e permanentemente incompleto — a partir das diretrizes estabelecidas. Tais diretrizes, podemos dizer, são as normas estabelecidas pelo constituinte que se caracterizam principalmente como marcos limitadores ao exercício do poder punitivo do Estado, sendo que

O fundamento político ou externo do moderno Estado de direito é afeto à função de garantia dos direitos fundamentais mediante a sanção de anulabilidade dos atos inválidos: leis, por violação das normas constitucionais; dos atos administrativos e decisões judiciais, por violação de leis constitucionalmente válidas (FERRAJOLI, 2011, p. 356).<sup>9</sup>

Para empresa de limitar o exercício do poder punitivo a Constituição traz um núcleo rígido fundamental principiológico que faz barreira à “pulsão punitivista” que é intrínseca ao próprio *potestas puniendi*, de modo ao se tentar estabelecer normas que vão de encontro a tal núcleo, elas serão consideradas inconstitucionais. Tal núcleo passa a ser abordado na seção seguinte.

#### 4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES AO PODER PUNITIVO

Com os acontecimentos históricos do século XX, frise-se, as duas grandes guerra e os horrores por elas trazidos à tona importou não apenas uma modificação na forma como se

---

<sup>9</sup> Tradução livre do autor, a partir do original: “El fundamento político o externo del moderno estado de derecho está en efecto en su función de garantía de los derechos fundamentales mediante la sanción de la anulabilidad de los actos inválidos: de las leyes, por violación de las normas constitucionales; de los actos administrativos y decisiones judiciales, por violación de las leyes constitucionalmente válidas”.

entende a relação entre o direito e a política, mas proporcionou uma sensível modificação na própria teoria do direito, se afastando de posições positivistas que pretendiam entender o direito como um sistema de regras, e incorporando a noção de princípios que passam a ser o coração das Constituições modernas.

É de se salientar que não há que se confundir os princípios constitucionais com os vetustos princípios gerais do direito. Estes se formam a partir de um outro “vetor de racionalidade” qual seja, a ideia de *causalidade* que é incorporado em maior ou menor medida pelos diversos positivismos (fático, normativista ou axiológico) apontando um caráter matemático para tal conceito (Cf. OLIVEIRA, 2008; ABOUD *et alii*, 2015)

Diferentemente dos princípios gerais do direito, os princípios constitucionais se distanciando das abstrações dos modelos guiados pela causalidade, possibilitam ao direito condição de possibilidade em uma dimensão existencial, pois, “a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito, porque, por meio dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático” (STRECK, 2014b, p.288). Nesse sentido é imperativo dizer que os princípios constitucionais

[...] se distinguem decisivamente dos ‘princípios gerais do direito’ que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídicos-racionais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em *que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade*. (NEVES *apud* ABOUD *et alii*, 2015, p. 315. Grifos nossos).

Sendo assim, é necessário dizer que os princípios constitucionais não se satisfazem com a mera adequação racional (formalmente considerada), sendo normativos e retirando sua normatividade “[...]de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade” (STRECK, 2014, p. 67), eles exigem para além da racionalidade, uma conformação do sentido, ou seja, do ser do próprio sistema

jurídico. De tal modo, “Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na facticidade” (*op. cit.*, p. 234).

Assim sendo, o direito penal deve encontrar seu fundamento na adequação ao modo-de-ser, ou seja, deve buscar seu fundamento em sua conformidade com os princípios constitucionais de modo a ser efetivamente um instrumento de liberdade (e não de opressão), permitindo que o homem seja livre em seu modo-de-ser mais autêntico, sendo aqueles — os princípios — condicionadores à violência do exercício do poder, importando, também no desvelamento dessa violência. Ao fim, a adequação aos princípios constitucionais significa realocar para o centro do sistema jurídico — para os limites deste trabalho, o penal — o homem, uma vez que “O pensamento penal que encobre o homem, que se afasta de sua imagem, acaba perdendo-se, porque este direito penal deixa de ser útil ao homem, procurando ser 'para' as coisas” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 340).

Para tal empresa, a nossa Carta Política traz um núcleo principiológico voltado para a contração do exercício do poder punitivo, se preocupando, portanto, ao “como punir?” em vez de apresentar algum discurso de justificção para a pena. Para tanto, além de trazer explicitamente alguns princípios (os que são comumente discutidos pela doutrina), traz também princípios implícitos, mas que não possuem menor valor, muito pelo contrário, possuem importância igual aos explícitos, uma vez que trazem a própria essência do Estado Democrático de Direito. Destarte, passamos a uma breve digressão sobre os princípios que reputamos serem de extrema importância para a temática aqui abordada, mas que não estão tão presentes na doutrina tradicional.

#### 4.1.1 PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO

Até o século XV se ostentava uma fundamentação teológica tanto para o poder político quanto para o saber científico, não sendo, portanto, diferente para o direito, o qual se encontrava estritamente vinculado com a moral eclesiástica, tendo para o saber penal a vinculação entre crime e pecado.

No entanto, a partir do momento de ascensão da Modernidade e com inovação de valores humanistas, ocorre a ruptura com a fundamentação teológica e se passa, portanto, a uma separação entre o direito e moral. Nesse sentido, pertinente o que nos diz Carvalho (2013, p. 242):

O processo secularizador permitiu, na Modernidade, uma re-fundação antropológica da legitimidade do político (jusnaturalismo antropológico), circunstância que, segundo Canotilho, conduz ao reconhecimento dos direitos naturais do indivíduo e, em consequência, a uma concepção universalizadora de direitos humanos.

Nesses termos, a secularização importa uma limitação ao Estado que pretenda criminalizar condutas e indivíduos por suas convicções, opiniões e etc., traduzindo-se em um modelo de intervenção mínima e reduzindo o espectro de ingerência do Estado. De tal modo, se colocando diametralmente ao sistema inquisitivo sustentado na vinculação entre direito e moral, ao se sustentar a laicização, ou seja, a ruptura entre direito e moral, encontramos, pois, um sistema de garantias. Portanto, o “[...]pensamento laicizado restringe aos aparatos formais de controle social a possibilidade de punir exclusivamente condutas externas, previamente definidas como ilícitas (*malum quia prohibitum*) e que resultam em efetivo dano.” (*op.cit.*, p. 243).

O princípio da secularização pode ser depreendido por ser ínsito ao republicanismo já que nessa forma de governo é valorizada a limitação do poder político e sua intrínseca relação com a democracia substancial (*op. cit.*, p.245). Para além disso, podemos afirmar a incorporação de tal princípio no ordenamento pátrio a partir de uma cadeia principiológica que encontramos

na Constituição Federal de 1988 os quais estão diretamente relacionados e nos direcionam para tal afirmativa.

Por exemplo, o art. 1º da CF/88 ao enunciar como fundamentos da república o pluralismo político e a própria dignidade da pessoa humana, do mesmo modo, os direitos e garantias fundamentais enunciados no art. 5º que estão relacionados às liberdades individuais sobre as convicções individuais. Para o direito penal a partir do que estabelece a Constituição, o princípio aqui abordado, serve como um “[...] instrumento de obstaculização de ingerências moralizadoras, tanto no campo da criminalização primária (elaboração de tipos penais criminalizadores) quanto no da criminalização secundária (valoração judicial)” (*op.cit.*, p.246).

#### 4.1.2 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE (OU DA ECONOMIA DO DIREITO PENAL)

Apesar de não expreso, o princípio da necessidade, pode ser depreendido da própria formação do ordenamento constitucional pátrio, o qual deixa claro sua opção por uma ingerência mínima do sistema punitivo e estabelece garantias para tal. Então, da própria escolha de uma política criminal que busca a redução do poder punitivo, fica evidente a presença, ainda que implícita do princípio da necessidade.

Tal princípio apresenta uma dupla limitação ao exercício do poder punitivo: como primeiro limite temos que a pena para ser válida deve ser necessária, importando pois que a pena deve ser mínima para cumprir sua função, sob pena de atingir a própria dignidade humana daquele que irá sofrer com a condenação.

De outro lado o princípio da economia do direito penal, importa em limite à própria criação legislativa de tipos penais, ou seja, o princípio exige que a criação da lei penal seja absolutamente necessária para atingir o objetivo ao qual se propõe o próprio direito penal, quer dizer, para tutelar um bem jurídico

que o próprio direito penal ainda não proteja nem outro ramo do direito tenha condições para fazê-lo. “Só porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela apenas como um remédio extremo” (FERRAJOLI, 2011, p. 465)<sup>10</sup>, ou seja, na ausência de outro instrumento que tutele de modo satisfatório.

## 5 CONCLUSÃO

Como epígrafe de *Origens do Totalitarismo*, a filósofa Hannah Arendt usa a seguinte frase de autoria de um de seus mestres, Karl Jaspers “Não almejar nem os que passaram nem os que virão. Importa ser de seu próprio tempo”.

Esse trecho nos diz que importa termos noção clara de “onde estamos”, importa a clareza das nossas próprias condições existenciais em toda a sua complexidade, e a partir disso termos condições de interpretar e contribuir substancialmente para o mundo. Este trabalho, tendo isto como horizonte, buscou analisar as contingências e peculiaridades da realidade na qual estamos inseridos e trazer para discussão sobre o exercício do poder punitivo, perspectiva diversa da consolidada tradicionalmente, e que pudesse operar modificação no estado de coisas em que se encontra o saber penal, o qual tenta se manter imune às viradas propiciadas por uma mudança de paradigma que emana da própria evolução da sociedade.

Incorporando à discussão a perspectiva de que um Estado Democrático de Direito é um Estado Constitucional, e se estabelecendo uma nova relação entre direito e política, pudemos encontrar um novo direcionamento para o exercício do poder do Estado através do sistema penal, desvelando, para tanto, a real

---

<sup>10</sup> Tradução livre do autor, a partir do original: “Justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidade de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recorra a ella sólo como remédio extremo”.

natureza da pena, ou seja: recolocando a pena no âmbito político pode-se vinculá-la aos limites e a um projeto político que se traduzem no Pacto Fundante, não apenas do Estado, mas da própria sociedade, que significa dar condição de possibilidade ao próprio modo-de-ser do homem.

Nesses termos, ao se conseguir vincular o exercício do *potestas puniendi* ao coração das Constituições modernas, ou seja, um núcleo principioplógico, podemos dar os termos nos quais o direito penal encontra sua efetividade e principalmente, no qual ganha sentido: pode-se dizer que ele é instrumento de liberdade no qual encontra seu fundamento — ainda que precário e provisório — em sua conformação com os princípios constitucionais que representam as opções ético-políticas de uma comunidade, propiciando, portanto, a coexistência entre os indivíduos e que não encobre o próprio homem, tendo, portanto, um fundamento antropológico-filosófico.

Interpretar o fenômeno punitivo nos termos aqui propostos, é buscar criar condições para consolidação do próprio Estado Democrático, onde as liberdades sejam ampliadas e plenamente exercidas, se desvencilhando do histórico autoritário na qual a história brasileira se vincula. Buscar esse sentido para o direito penal, é se coadunar com a assertiva de Ortega y Gasset quando enuncia que o homem é ele e sua circunstância; buscar alterar as circunstâncias nas quais estamos inseridos é justamente a possibilidade de salvar nós mesmos enquanto homens e nossa própria liberdade.



## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do*

- direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224199>>. Acesso em: 20 dez. 2016.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, p.35-51, abr. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>>. Acesso em: 07 dez. 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*. Brasília/DF.
- BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COPETTI, André. *Direito penal e o estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder: Formação do Patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. 42. ed. Petrópolis, Rj: Vozes, 2014.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.
- HEGEL, G.W.F.. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo, Rs: Editora Unisinos, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2015.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis, Rj;



- Bragança Paulista, Sp: Vozes; Editora Universitária São Francisco, 2013.
- LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Barão de Münchhausen*. São Paulo: Cortez, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montivideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. 3. ed. Curitiba: Icp; Lumen Juris, 2008.
- STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edpuers, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014a.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.