

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilacqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensu, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerstton Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissos diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas tais constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestrande pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA
RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA
HERMENÊUTICA**

**THE DEFENSE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE RISK SOCIETY: A
GUARAN REREADING OF THE CONSTITUTION FROM THE NEW
HERMENEUTICS**

Mariana Faria Filard ¹
Maria Lenir Rodrigues Pinheiro ²

Resumo

O presente artigo propõe uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Busca-se uma abordagem crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método Indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Palavras-chave: Hermenêutica, Direitos fundamentais, Garantismo penal

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes a reinterpretation of the Federal Constitution, pointing to the relevance of a new constitutional hermeneutics regarding the application of fundamental principles and guarantees in the context of criminal Law and Criminal Procedure. It Seeks a critical approach to the theme, conferring a dynamicity on the Law through the defense of the foundations of the Democratic State of Law. The methodology used for the investigation phase was the Inductive method, in the Cartesian data treatment phase, with the referent techniques, the bibliographic research and the fictive, according to methodological guidelines for the realization of goals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hermeneutics, Fundamental rights, Penal guarantee

¹ Doutoranda em Mestra em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC. Assistente Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

² Doutoranda em Mestra em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC.

INTRODUÇÃO

Para o estudo do direito, faz-se necessária a compreensão de modo sistemático, já que sua apresentação desta forma, facilita o conhecimento e manejo pela criação dos métodos que se aplicam (DINIZ, 2014).

Dessarte, convém ao jurista enxergar o direito sob uma perspectiva dinâmica, pois sendo a realidade social e o direito, duas faces de uma mesma moeda, este último deve sempre acompanhar as relações humanas, “modificando-se e adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida” (DINIZ, 2014).

Hodiernamente, o direito – visto como objeto científico de análise – é mutável de acordo com as transformações sociais correntes, por corolário, não é, necessariamente, o mesmo de ontem, nem tampouco será o direito de amanhã. Desta forma, o direito se “modifica e se adapta às novas exigências e necessidades da vida” (DINIZ, 2014), mesmo porque a realidade traz consigo novos fatos e novos conflitos, que provocam, nos legisladores, o ímpeto da criação legislativa, e, nos juízes, o surgimento de novos precedentes, com base nas alterações de pensamento sobre o ordenamento jurídico, sendo aproveitadas as margens interpretativas da lei.

Não obstante Hans Kelsen tenha proposto que o direito fosse estudado pela ciência do direito apenas sob o aspecto normativo, é indubitável que este famoso jurista não negava que nele coexistem os aspectos valorativos e fáticos, tal como propõe Miguel Reale em sua teoria tridimensional (fato, valor e norma) (DINIZ, 2014).

Estando o direito sujeito a constantes mudanças, sejam legislativas ou sociais, é imperioso admitir que os elementos do sistema jurídico devem ser coerentes entre si e, portanto, interdependentes, podendo sofrer com alguma incongruência ou dificuldade na medida em que, poder-se-á revelar a presença de antinomias ou lacunas jurídicas, sendo estas representadas por um estado de incompletude do sistema, enquanto àquela um conflito entre normas do próprio sistema.

Por esse entendimento do direito intimamente atrelado à realidade social, pode-se compreender a preocupação do sociólogo Ulrich Beck, em 1986 em explicar questões da modernidade (ou da pós modernidade) trazendo a temática dos riscos, primeiramente apontando a Revolução Industrial, como o marco histórico que evidencia os perigos fabricados pela sociedade industrial e seus reflexos, suscitando, inclusive a interferência do direito penal em novas searas.(BECK, 1997)

O reflexo dessas mudanças nas várias áreas do desenvolvimento humano faz com que surjam situações novas, exigindo profundas reflexões sobre a formatação dessa sociedade industrial.

Anthony Giddens aponta o surgimento de novos paradigmas, denominando esta época de 'modernidade reflexiva', pois essa nova sociedade passa a lidar com riscos oriundos do próprio desenvolvimento, o que vem a causar também, insegurança jurídica, e, neste momento, o pensamento se volta a ações e decisões punitivas, com a finalidade de atender aos clamores populares e minimizar os riscos efetivamente emergentes. (GIDDENS, 1991)

E em se tratando de ações punitivas, cabe ao Direito Penal, a árdua tarefa de estabelecer regras que coadunem e sejam interpretadas atendendo ao Princípio da Supremacia da Carta Constitucional e, que as decisões emanadas das autoridades judiciárias competentes gozem de efetividade jurídica.

Essa discussão acerca da flexibilização das normas penais – para atender aos clamores sociais e minimizar os efeitos da sociedade de risco – deve ser realizada de forma ponderada, primando pela manutenção dos direitos e garantias individuais e fundamentais conquistadas após séculos de lutas.

Propõe-se, nesse artigo, uma reflexão acerca do aspecto preventivo e punitivo do Direito Penal – imprescindível para a manutenção da ordem social e instrumento de proteção do cidadão, dos mandos e desmandos do Estado - conforme critérios de uma nova hermenêutica, visto que a legislação data de 1940, e, se faz urgente, uma reinterpretação consoante os novos parâmetros e perspectivas trazidos pela Constituição Federal de 1988, buscando-se uma harmonização entre as referidas legislações.

1 HERMENÊUTICA E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

A Constituição surge como a lei proeminente que conforma o Estado, diante da necessidade de se instituir um Estado através de uma ordenação sistemática e racional, implementada por uma comunidade política, o que resultou em um documento escrito com o alicerce capaz de legitimar, e instituir, no plano teórico (CANOTILHO, 2000), dando origem a um movimento denominado constitucionalismo.

Essa ideia, ao longo dos anos, foi reformulada, tendo em vista as transformações sociais (TAVARES, 2010), contando com mecanismos específicos de defesa, contra atos

atentatórios à sua posição de hierarquia e supremacia, que confere validade e legalidade a todo sistema jurídico do País (SILVA, 2014).

Logo, toda interpretação constitucional encontra-se assentada no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre as demais normas no âmbito do Estado. Por esta razão, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a lei fundamental (BARROSO, 2008)

A jurisdição constitucional não se mostra incompatível com o sistema democrático que imponha limites aos ímpetus da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia (MENDES, 2011)

Sob este prisma, o princípio da supremacia da constituição emerge como ponto de apoio e condição de validade para todo ordenamento jurídico, na medida em que as demais normas infraconstitucionais só nela encontram validade. Esse modelo de Constituição brasileira pode ser qualificada em hegemônica, pois preeminente frente às normas constitucionais (BULOS, 2011).

A Constituição Federal de 1988 torna-se imperativo à interpretação da legislação infraconstitucional, e sendo assim, o Código Penal Brasileiro deve ser interpretado à luz desse Princípio, para que haja efetividade das decisões judiciais.

Como bem se sabe, o Código Penal brasileiro data de 1940, editado em meio ao pensamento positivista deve acompanhar aos novos reclamos e transformações sociais, sob pena de perder sua eficácia e não atingir aos fins a que se destina, qual seja, de assegurar a ordem nacional dentro de uma perspectiva de bem estar social e de uma visão humanística. Faz-se imperioso adequá-las do ponto de vista interpretativo aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Vejamos.

[...] A interpretação conforme é, em suma, aquela que adequa/harmoniza a lei à Constituição, escolhendo - diante de uma dúplici possibilidade interpretativa, o significado (ou seja, a norma) que evita toda contradição existente entre a lei e Constituição. O efeito de tal interpretação é obviamente o de conservar a validade de uma lei que deveria declarar inconstitucional. A interpretação conforme é um outro aspecto importante do processo de constitucionalização. (GUASTINI, 2007)

Ainda nesta perspectiva, importante trazer à lume a visão de Marcelo Neves

A inconstitucionalidade, porém, é um problema de relação intrasistemático de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais. Não se confunde com o problema da injustiça ou da ilegitimidade social. Uma lei inconstitucional pode ser justa no sentido de corresponder a um determinado "sistema de Direito Natural" (sistema de valores jurídicos), ou por conformar-se à idéia de direito, como também pode ter o máximo de aceitação no grupo dos destinatários. (NEVES, 1988)

Desse modo, havendo dissonância na atividade interpretativa entre a lei infraconstitucional e a Constituição, a decisão passa a ser ilegal, eis que não adequada às exigências relativas à garantia de direitos fundamentais, afastando a visão interpretativa clássica. Sendo assim, a norma inconstitucional pode ser considerada como pertinente, pois emanada do poder competente, mas ser inválida, carente de suporte fático-jurídico.

Em uma concepção moderna, a Constituição confere formato às relações sociais, produzindo efeitos diretos, pois a legislação desenvolve-se a partir dos princípios constitucionais. Não obstante a interpretação diversa das normas, faz-se necessário harmonizar a lei à Constituição, escolhendo diante das várias possibilidades, o sentido da norma que evite a inconstitucionalidade, tendo como efeito a conservação de sua validade e consequentemente, sua efetividade.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS NOVAS DEMANDAS PENAIS NA SOCIEDADE DE RISCO

O Brasil caracteriza-se como um Estado Democrático de Direito, cujo fundamento maior não é simplesmente a aplicação da lei como ocorria dentro do Estado Liberal, mas sim um Estado em que as leis devem adequar-se socialmente. Isso se depreende da leitura do art. 1º, da Constituição Federal, que possui como um dos seus maiores fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III).

Assim, não somente durante a fase de elaboração da lei, mas também no momento da sua concretização do ponto de vista da aplicação material é premente que o intérprete atente para o espírito da Constituição Federal e que o absorva objetivando a legitimidade dos fins de um Estado garantidor dos direitos fundamentais de seus cidadãos, tanto o legislador na criação da lei quanto o Judiciário no momento da sua aplicação.

Cumpre, então, ao intérprete, perceber que a medida de aplicação da pena deve manter-se dentro da proporcionalidade e ser aplicada em um procedimento justo, dotado de garantias jurídico-constitucionais e harmonizando-se com a Constituição.

Inegavelmente que a teoria e prática do Direito Penal, passa por uma valoração diferenciada nos dias atuais, consistindo em instrumento político de manobra social, referido como a "dialética da modernidade", traduzida não mais na luta contra um Direito Penal moralizador, entendido a partir da filosofia política do Iluminismo, mas sim contra um Direito Penal inspirado nas modernas teorias sociológicas orientadas segundo um

modelo globalizante, que no Direito Penal tem se refletido segundo a perspectiva do risco, em razão da qual se fala mais recentemente de um "Direito Penal do risco" (*Risikostrafrecht*). (BECK, 2010)

O Direito Penal encontra-se em momento de revolução científica, de substituição de paradigma totalmente incompatível com o anterior, como aduz Thomas Kuhn. Esta ideia representa a "superação" da razão técnico-instrumental, associada à emergência da "sociedade do risco", implicando no abandono do paradigma penal atual e a sua substituição por outro (KUHN, 2010), na medida em que os aspectos essenciais decorrentes desta moderna sociedade do risco suscitam ao Direito penal problemas novos e incontornáveis.

Uma das atribuições exclusivas do Supremo Tribunal Federal - STF, além de estar em constante sentinela, é realizar o controle concentrado de constitucionalidade. No entanto, há momentos em que se verifica o afastamento do seu mister, que consiste na efetivação dos direitos fundamentais e seu exercício por meio de processo constitucional. (BARACHO JUNIOR, 2003)

Ressalte-se que os direitos fundamentais na pós-modernidade não existem somente para a proteção do cidadão contra o Estado, mas sim para lhe garantir e assegurar a condição de cidadão com legitimidade na construção discursiva dos provimentos estatais e de realização efetiva da dignidade humana.

De acordo com Ferreira Filho, a doutrina clássica assevera que os direitos fundamentais são produtos de um ente transcendental idealizador dos direitos garantidores da liberdade e igualdade entre os homens e que até hoje, muitos pensam que o direito deverá materializar o justo como vontade dos homens (FERREIRA FILHO, 2003).

Nesse mesmo diapasão, Habermas (2004) defende que a compreensão pós moderna da Hermenêutica Constitucional Democrática nos permite compreender objetivamente o tema direitos fundamentais não com algo posto mas sim construído discursivamente pelos seus destinatários por intermédio do processo enquanto garantia constitucional indispensável ao seu exercício.

A criação legítima das normas constitucionais se dá pelo devido processo constitucional legislativo, “[...] daí a regência do *due process* no eixo construtivo da *constituição formal de direitos fundamentais* (LEAL, 2004)”.

No Estado Democrático de Direito é o povo que garante as suas próprias conquistas conceituais, por meio do devido processo constitucional que será legitimado por um discurso interpretativo e processualizado, seguindo a hermenêutica constitucional

democrática como o caminho a ser trilhado para a construção participativa dos provimentos jurisdicionais.

Nesse sentido, Leal leciona:

“[...] O juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em sua incidências substancial (*substantive*) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (*procedural*) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado” (LEAL, 2004).

Leal continua sua abordagem, asseverando que o exercício da função jurisdicional enquanto direito fundamental não pode consistir num ato eloqüente e solitário praticado pelo magistrado em busca da realização da Justiça uma vez que o Direito Democrático é aquele produzido pelo povo no espaço político-processualizado continuamente aberto (LEAL, 2005).

Em termos processuais democráticos deve o aplicador e operador do direito interpretar as normas jurídicas em conformidade com a sistematicidade jurídico-constitucional e não se orientar pela busca incessante de uma dita justiça salvadora, o que muitas vezes induz o intérprete da lei a construir esdrúxulas interpretações que materializam equívocos jurídicos de cunho subjetivista, não havendo como se conceber uma interpretação jurídica fora da lei, visto que a hermenêutica jurídica se materializa pela interpretação do direito pela lei vigorante.

3 GARANTISMO PENAL, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A RESPOSTA ÀS NOVAS DEMANDAS

Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos. (CADEMARTORI, 1999).

Luigi Ferrajoli inclusive já teorizava a existência de um movimento, herança do Iluminismo e baluarte da proteção das garantias do cidadão, em especial a liberdade, denominado Garantismo Penal, que pode ser significado de três formas:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2010).

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2010)

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2010)

Para Ferrajoli, a expressão garantismo apresenta três acepções: numa primeira designa um modelo normativo de Direito próprio do Estado de Direito; numa segunda, designa uma teoria jurídica da validade, efetividade e da vigência normativas; numa terceira designa uma Filosofia do Direito e crítica da política, que impõe ao Direito e ao Estado um discurso normativo e uma prática coerente com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência (FERRAJOLI, 2010).

Ferrajoli redefine direitos fundamentais como aqueles cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Com isso, retira do âmbito dos direitos fundamentais aqueles patrimoniais porque são negociáveis, uma vez que os direitos fundamentais são inegociáveis e só existirão como tais enquanto forem constitutivos de igualdade. Daí propor uma drástica revisão terminológica, a fim de dizer que não se pode tratar com a mesma denominação modalidades deonticas de conteúdos opostos. (FERRAJOLI, 2002)

Inegavelmente, há um forte movimento de reavaliação dos princípios constitucionais na hermenêutica do Direito Penal, a partir da influência do Garantismo Penal.

Trata-se de um movimento que consiste na busca da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da instrumentalização de direitos, possibilitando a efetivação da cidadania além do plano meramente formal.

Carvalho (2003) aduz que “as correntes críticas do Direito apontam para a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do sistema jurídico, para que fique contaminado pelo ‘vírus’ constitucional”, o que remete a uma cultura jurídica, com destaque para a hermenêutica.

Weinmann (2005) pondera que “hoje, principalmente como efeito da Constituição de 1988, busca-se entender o garantismo enquanto princípio geral do Direito; no caso específico do Direito Penal, como extensão de direitos inclusive aos infratores das leis penais”.

O Direito Penal, entrando na velocidade trazida pela urgência, traz consigo um novo tipo de risco: o da insegurança jurídica, ou seja, um recuo da liberdade [...]. O que se deve fazer é, ao invés do caminho simplório, discriminatório e equivocado da persecução penal, assumir a tarefa da promoção de uma política de cunho social, visando à inclusão dos excluídos e não a sua efetiva marginalização (FRANCO, 1991).

Há uma convocação para que o Direito Penal solucione novas questões, nesta modernidade (ou pós modernidade) advindas de novas necessidades, que ensejem o emprego de meios tradicionais do Direito Penal clássico.

Conforme Habermas, (1997) “no Estado Democrático de Direito, deve-se adotar uma compreensão da Constituição que proteja um processo de criação democrática do Direito e zele para que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução”.

Não mais se deve utilizar apenas o Direito Penal clássico para solucionar questões advindas da modernidade (ou pós modernidade), sendo necessário reconhecer a importância do garantismo: reside na democracia constitucional, fruto de uma mudança radical de paradigmas do Direito. [...] Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, mas também) jurídica de sua afirmação (realização/aplicação). O como elaborar isso juridicamente é obra para uma nova dogmática Constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição uma Lei Fundamental integral (STRECK, 2004).

Para Streck, não há dúvida de que o legislador está "umbilicalmente" obrigado a elaborar a norma infra-constitucional de acordo com a Constituição, inclusive de acordo com os seus princípios. Concorde, dessa forma, com Ferrajoli no "sentido de que um texto normativo só é válido se interpretado de acordo com a Constituição." Além disso, defende, também a idéia de que é tarefa do Poder Judiciário "expungir" do ordenamento jurídico qualquer lei que seja incompatível com a principiologia constitucional (STRECK, 2002).

Não há dúvidas que o Direito Penal é compreendido como o discurso dos juristas (ZAFFARONI, 2006) e, orientado por princípios constitucionais, como por exemplo, o da legalidade, lesividade, "ultima ratio", fragmentariedade, culpabilidade, humanidade (BITENCOURT, 2003), um conceito notadamente tradicional.

No entanto, este garantismo, consistente em um modelo de estrita legalidade próprio do Estado de Direito, sob o plano epistemológico resta caracterizado como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos, é proposto para conferir validade e efetividade às normas (FERRAJOLI, 2010).

Na visão de Silva, um Direito Penal garantista deve acima de tudo demonstrar ser um 'ordenamento de liberdade', limitativo dos poderes do Estado na intervenção social, visto que esta é a melhor forma de proteção dos direitos e garantias individuais, contra os super poderes e desmandos estatais e que seja também, um 'ordenamento de segurança', exigindo-se assim, a ampliação dos poderes do Estado, em nome da proteção, advindos destes novos riscos sociais (SILVA, 2005).

Neste novo contexto, o Direito Penal ganha novos contornos para tipificar condutas tornando-se instrumento legítimo de precaução, com vistas a assegurar o

mínimo ético, ou seja, valores com funções garantidoras ou então, repassar aos outros ramos do Direito a incumbência de tutelar esses novos riscos. (FARIA COSTA, 2005)

4 A SOCIEDADE DE RISCO E O RETORNO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O novo modelo penal é caracterizado pelo sentimento de insegurança propiciado pela sociedade de risco e que há alguns anos não existia, a partir essencialmente, do temor social da atividade criminosa, bem como o aproveitamento político. Nesse novo modelo, deve haver a expansão do Direito Penal para outros setores sociais com maior penalização daqueles que já eram punidos e maior rigor na aplicação das penas.

A modernidade reflexiva pondera que o cenário atual é marcado por incertezas e insegurança, uma sociedade complexa e de riscos. Riscos esses, construção comunicativa da sociedade, que não pode ser avaliado sob a concepção do bem e do mal [...] O risco é um paradoxo, porque ele existe porque não existe- e é diferente da concepção de perigo, que por sua vez também é uma palavra da modernidade. Perigo é a probabilidade de um evento futuro nocivo e que continua a diminuir nas sociedades modernas, haja vista as condições, devido as inovações tecnológicas, de poder prever, evitar o perigo" (BECK, 1997).

A partir dessa definição, há duas tendências: uma funcionalista, entendendo o direito penal como instrumento para atender novas tendências da modernidade, outra desformalista, posição sustentada por Jakobs (2015), que argumenta serem tendenciosas as posições doutrinárias desta conjuntura, visando unicamente ao retorno de um 'direito penal do inimigo', onde as normas penais caracterizam-se por expressiva antecipação da punição, objetivando a eliminação do perigo; desproporção das penas previstas e supressão ou diminuição das garantias processuais.

O Direito Penal do inimigo, reveste-se de um paradigma expansionista-penalista, afirma que o delinquente, adversário às normas jurídicas reconhecidas e vinculantes, deve ser combatido como um inimigo, eliminando-se o risco social.

Temos o fim do paradigma do bem jurídico face às novas realidades que confrontam o direito penal pós-moderno e a tutela das futuras gerações, cabendo à ciência penalística papel fundamental na construção de um novo direito penal, que vise proteger a existência humana dos novos riscos da sociedade contemporânea (SOUZA, 2006).

Norberto Bobbio na obra de Luigi Ferrajoli, afirma que "ignorar toda a construção garantista em prol da defesa dos novos riscos, seria o mesmo que rasgar o resultado obtido da luta de batalhas seculares dos cidadãos contra os abusos e desmandos Estatais, que ao longo da história registram-se. A elaboração de um sistema geral de garantismo, termina por construir as vigas mestras do Estado de Direito, com finalidade de tutelar a liberdade do indivíduo e as garantias fundamentais.

A função garantista do direito consiste, em resumo, na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade. Neste sentido a liberdade – mas também a igualdade, no sentido de garantia de direitos fundamentais de todos – depende das leis, cuja função é aquela indicada por Kant de fazer conviver as liberdades de todos, destinadas por suas naturezas à convivência, e toda vez que uma liberdade atenta contra outra liberdade alheia, quer dizer que essa liberdade se converteu em poder (FERRAJOLI, 2010).

Tratando-se do Direito Penal Clássico, onde a função penal é a *ultima ratio*, por parte do Estado havia a tendência da aplicação de sanções de natureza restritiva, sendo uma alternativa à pena privativa. No Direito Penal Moderno há controvérsias quanto à essa função. Hodiernamente, na tradução da modernidade reflexiva, a prevenção, de meta secundária da justiça penal, transformou-se em um paradigma penal dominante.

Interessante observar que a proteção dos bens jurídicos sempre seguiu o critério negativo, configurando-se em conceito crítico para nortear o legislador penalista. Hoje, no entanto, é considerada uma exigência para que sejam penalizadas determinadas condutas, convertendo-se em um critério positivo para justificar decisões criminalizadoras.

Aceitar esse novo paradigma, traz à lume o retorno do Direito Penal do Inimigo, e Manuel Cancio Meliá discorda de Günther Jakobs, aduzindo que esse Direito não se traduz em um, sendo apenas uma reação do Estado de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, apenas os ameaçando (JAKOBS, 2015). Há uma verdadeira estigmatização de determinados grupos de delinquentes, ao invés de estabilizar as normas e prevenir a ocorrência dos delitos.

O Direito, como produto social, não prescinde do consenso dos cidadãos, principais atores de um discurso dialético, como bem defende Habermas (1997). Conforme Habermas, este pensa a sociedade como reunião de vários atores, participantes da formação da ordem jurídica, e desta forma, a partir desta discussão e consenso, o discurso jurídico estaria legitimado, bem como a sanção imposta por ele.

Dentro desse entendimento, vale registrar que o Brasil por ser caracterizado como uma sociedade de alta modernidade ou modernidade reflexiva, como defendem Anthony

Giddens e Ulrich Beck (BECK; LASH, 1997), respectivamente, deve-se buscar a substancialização dos direitos e garantias constitucionais, haja vista que já se passaram mais de 20 anos da publicação da Constituição Federal de 1988 e ainda hoje não se vislumbra a efetivação dos referidos direitos.

Diante da ideia de que a estrutura social que surge, exige uma profunda reflexão acerca da legitimação dos critérios que se deve utilizar para a individualização da responsabilidade penal e isto, sobremaneira pode vir a comprometer a manutenção das garantias individuais, é que se faz imprescindível saber até que ponto o garantismo penal encontra-se prestes a ser repensado, diante desta nova utilidade conferida pela modernidade reflexiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria garantista é importante para a busca da essência social baseada em um caráter procedimental, sem se prender às tradicionais formas de observação do fenômeno do direito. Ferrajoli centra sua abordagem a partir do pressuposto de que o garantismo surge pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam nela estar motivadas.

Ferrajoli estabelece as bases conceituais e metodológicas do que foi chamado de garantismo penal, observando que as bases desse movimento podem ser aplicadas às várias ramificações do direito, funcionando o procedimento prévio como pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma estatal, isto é, uma norma só será válida e legítima se for composta de acordo com os procedimentos formais traçados previamente pelo ordenamento jurídico, trazendo muita similitude com a teoria pura do direito.

Em função desses conceitos de validade e vigência, constata-se que a norma vigente, não dotada do caráter da validade, estaria em dissonância com a materialidade dos direitos fundamentais.

Nesse movimento, o direito seria interpretado a partir de um novo referencial hermenêutico, sistêmico, sem no entanto, ameaçar a segurança jurídica.

A teoria de Ferrajoli de um lado corre o risco de ser manipulada em razão da imprecisão de seus conceitos, mas noutra banda, abre possibilidades argumentativas

para a construção e garantia dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Assim, verifica-se, então, que, mesmo podendo ser manipulada, a teoria do garantismo jurídico encontra guarida não apenas sob o aspecto filosófico, mas também nos cânones estatais do direito brasileiro, sendo uma forma de inclusão de elementos ausentes da interpretação jurídica em casos concretos.

REFERÊNCIAS

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva. 6ª ed. 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco** - Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

ECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva – Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. I, 8ª edição,. São Paulo:Saraiva, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva. 6ª ed. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo Penal Aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIA COSTA, José de. (coord.). **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A cultura dos direitos fundamentais**. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: _____ **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: RT, 2002. Quinta parte: capítulos 13 e 14. p.681-766. Título original: *Diritto e ragione: teoria Del garantismo penale*.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GUASTINI, Ricardo. **A constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a experiência italiana**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado Nação Europeu Frente aos Desafios da Globalização**. In *Revista Novos Estudos*, n. 43, São Paulo: CEBRAP, nov. 1995, p. 92 *apud* LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson- IOB, 2004.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Thompson- IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MENDES, Gilmar. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/munster_port1.pdf. Acesso em: 21 de novembro de 2011.

NEVES, Marcelo. **O problema da inconstitucionalidade das leis.** In: Teoria da inconstitucionalidade das leis. Saraiva, 1988.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Org: José de Faria Costa. **Temas de Direito Penal Econômico.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014

SOUZA, Suzana Aires. **Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **A aplicação do princípios constitucionais:** a função corretiva da hermenêutica - o crime de porte de arma à luz do controle de constitucionalidade. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual do Direito Penal Brasileiro.** 6^o ed: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WEINMMANN, Amadeu de Almeida. **Direito Penal, cidadania e garantismo:** uma abordagem crítico-analítica em uma sociedade de capitalismo emergente. In: Direito em debate, ano XIII, Ijuí: Ed. Unijuí, n. 23, jan./jun. 2005.