

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO

Daiana Moura Strege

GARANTISMO PENAL: o direito de liberdade em face do direito de punir do Estado

Paranaíba – MS
2017

Daiana Moura Strege

GARANTISMO PENAL: o direito de liberdade em face do direito de punir do Estado

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Isael José Santana

Paranaíba - MS

2017

S895g Strege, Daiana Moura

Garantismo penal: o direito de liberdade em face do direito de punir do Estado/ Daiana Moura Strege. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.
56f.; 30 cm.

Orientador: Prof Dr. Isael José Santana.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Liberdade. 2. Garantismo penal. 3. Direito penal. I. Strege, Daiana Moura. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345.01

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

DAIANA MOURA STREGE

GARANTISMO PENAL: o direito de liberdade em face do direito de punir do Estado

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em:/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Isael José Santana
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Me. Marília Rulli Stefanini
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Danilo Augusto Formágio
Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Aos meus pais Eucrizia Lopes Moura e Jânio Strege, que são meu coração, minha alma e minha coragem, que mesmo distantes nunca deixaram de me dar força, aos meus irmãos Wilisvan Moura Strege e Charles Moura Strege, em especial ao meu namorado Thiago Ferreira Bergantini, pois tem sido fundamental em minha vida. Obrigada pela paciência, pelo incentivo e principalmente pelo carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida, saúde, força e pelo seu amor infinito, pois, sem ele eu nada seria. Agradeço aos meus pais Eucrizia Lopes Moura e Janio Strege, que são meus maiores exemplos e aos meus irmãos Charles Strege e Wilisvan Moura Strege, por todo amor, carinho e compreensão

Ao ilustre professor Dr. Isael José Santana, a quem tive o privilégio de ter como orientador neste trabalho de Conclusão de Curso, reafirmo aqui meu muito obrigada por todos os ensinamentos, pois foram fundamentais em minha vida, obrigada por apoiar meus ideais e me incentivar sempre a buscar maiores conhecimentos.

Agradeço a esta Universidade, seu corpo docente, direção e administração que não mediram esforços para me ajudar, em especial quero agradecer a Susy Pereira dos Santos que me deu todo suporte durante minha vida acadêmica.

Ao meu namorado Thiago Ferreira Bergantini, por toda paciência, compreensão, amor e carinho, por me ajudar muitas vezes e achar soluções quando elas pareciam não aparecer. Você foi a pessoa que compartilhou comigo todos os momentos e suportou todas as dificuldades, sempre me incentivando e acreditando.

Aos meus colegas de classe que durante minha vida acadêmica representaram minha família, Raniel da Silva Oliveira, Abdiel Luiz dos Anjos, Isabela Barbosa e Ester Martins, estes compartilharam comigo as alegrias das vitórias e as tristezas das derrotas.

Um agradecimento especial a minha amiga de infância, Quezia da Silva Neves, e a minha amiga de estágio que levarei para vida toda, Giovana Pimenta, agradeço por todo apoio e cumplicidade.

Agradeço a minha segunda mãe pela qual tenho muito carinho, Euza Bergantini, por todo afeto, não mediu esforços para me ajudar, tenha minha eterna gratidão! E agradeço também a minha querida Zélia que sempre esteve ao meu lado me aconselhando e dando força para continuar.

Agradeço a Celenir Cunha que me concedeu a primeira oportunidade de estágio, é sem dúvida, uma das melhores pessoas que já conheci, meu imenso carinho e admiração. Agradeço também aos defensores públicos Danilo Augusto Formágio e Gustavo Peres pela contribuição em minha vida acadêmica e por todo aprendizado que recebi ao estagiar na Defensoria Pública de Paranaíba-MS.

Obrigada a todos que, mesmo não estando citados aqui, tanto contribuíram para a conclusão desta etapa e para Daiana Moura Strege que sou hoje.

A parte mais bela e importante de toda a História é a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. E o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.
(Fábio Konder Comparato).

RESUMO

O trabalho versou sobre o direito de liberdade e o direito de punir do Estado sob o fundamento do Garantismo Penal. A pesquisa desenvolvida tem fundamental relevância prática e científica, num Estado Democrático de Direito, pois, ocorre uma verdadeira antítese envolvendo a liberdade do homem e poder do Estado. A pesquisa realizada baseou-se em uma metodologia dedutiva, tendo sido baseada em pesquisas bibliográficas de autores nacionais e estrangeiros, bem como revistas especializadas, acesso à rede mundial de computadores dentre outros. No desenvolvimento da pesquisa foram observadas as perspectivas filosóficas do conceito de liberdade, a evolução histórica da pena, o direito de punir do Estado e seus limites, bem como os princípios que norteiam a teoria garantista. De fato, devido à gravidade das sanções do direito penal, este se baseia por princípios limitadores do *ius puniendi* estatal. O Estado não pode usar de sua legitimidade para punir com arbitrariedade, devendo seguir o patamar constitucional da legalidade. A liberdade é limitada por normas penais e a teoria do garantismo limita o poder estatal para não cometer abusos punitivos, desta forma, as sanções aplicadas devem respeitar os direitos fundamentais, as garantias constitucionais, pois, o poder estatal deve ser limitado, só podendo exercer a tutela estatal se expressamente autorizado pela lei. Por fim, ficou demonstrada a importância da teoria garantista, que impõe as garantias constitucionais que já estão expressas no ordenamento jurídico brasileiro, efetivando assim os direitos fundamentais dos cidadãos que estão sendo restringidos de alguns dos seus direitos. Neste sentido, para restringir a liberdade ou qualquer direito do ser humano é preciso efetivar todos os direitos essenciais à dignidade humana, afinal, não é possível ressocializar indivíduos que nem sequer foram socializados.

Palavras-chave: Liberdade. Garantismo Penal. Direito penal. Direito de punir do Estado.

ABSTRACT

The work covered right to freedom and the right of the State to punish, based on the Criminal Garantism. The developed research has important practical and scientific relevance in a democratic State of law, therefore, there is a antithesis involving human freedom and power of the State. The survey was based on a deductive methodology, having been based on bibliographical research of national and foreign authors, as specialized magazines and access to the World Wide Web, among others. In the development of the research was observed the philosophical perspective of the concept of freedom, the historical evolution of the penalty, the right of the State to punish and its limits, and the principles that guide the garantist theory. In fact, due to the severity of the penalties of criminal law, the garantism based on limiting principles of state *puniendi ius*. The State can't use its legitimacy to punish arbitrary and should follow the constitutional threshold of legality. Freedom is limited by criminal laws and garantism theory limits the state power not to commit punitive abuses, in this way so that the sanctions should respect basic rights, constitutional guarantees, for the state power should be limited, only being able to exercise the State tutelage if expressly authorized by law. Finally, left it demonstrated the importance of garantist theory, which enforces the constitutional guarantees that are already expressed in the Brazilian legal system, thus making the citizens' basic rights effective, since some of their rights are already being restricted. In this sense, to restrict the freedom or any human right being it's necessary to realize all the essential rights to human dignity, after all, you can't re-socialize people who don't even have been socialized.

Keywords: Freedom. Criminal Garantism. Criminal Law. Right of the State to Punish.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O CONCEITO DE LIBERDADE SOB AS PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS	13
1.1 Liberdade para Aristóteles	16
1.2 Liberdade para Thomas Hobbes.....	17
1.3 Liberdade para Jean Jacques Rousseau.....	19
1.4 Liberdade para Immanuel Kant	21
1.5 Liberdade para Jean Paul Sartre.....	23
2 GARANTISMO PENAL.....	26
2.1 O conceito de garantismo penal	29
2.2 Os fundamentos do garantismo penal	31
2.3 O sistema garantista apresentado por Ferrajoli como limitador do poder punitivo estatal.....	33
2.4 O Estado democrático de direito e o processo penal brasileiro.....	35
3 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO	38
3.1 Evolução histórica	38
3.2 Vingança privada.....	39
3.3 Vingança divina	40
3.4 Vingança pública	41
3.5 O direito de punir do Estado	42
3.5.1 O poder punitivo do Estado e o direito penal	46
3.5.2 Da imposição da pena.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

Inicialmente cumpre salientar que a sanção imposta no ordenamento jurídico brasileiro possui caráter de ressocialização e não de vingança, com isso surge a necessidade de abordar as garantias dos cidadãos em face do poder punitivo estatal.

A pesquisa baseou-se em um método dedutivo, com pesquisas bibliográficas de autores nacionais e estrangeiros, bem como revistas especializadas, acesso à rede mundial de computadores dentre outros, a fim de se obter os objetivos gerais e específicos do tema proposto.

O presente estudo tem como motivação as problemáticas que envolvem o direito de punir do Estado em face ao direito de liberdade do indivíduo, tendo como fundamento a teoria do garantismo penal.

O primeiro capítulo partirá da premissa da interpretação e conceito da palavra liberdade. Para isso, iniciar-se-á com breve apanhado histórico para elucidar o sentido de liberdade. No entanto é necessário mencionar que tal termo tem sentido muito amplo, logo, esta pesquisa abrangerá os pontos específicos e relevantes para uma análise do direito de liberdade em face do direito de punir do Estado.

Assim, partindo de tal premissa surge então uma problemática: a liberdade do homem versus o direito de punir do Estado, uma vez que o Estado acabou limitando as pessoas para a manutenção de uma ordem social, porém, cabe ressaltar que a Constituição Federal garante direitos, neste sentido, para restringir a liberdade de alguém seria necessário primeiro dar direitos.

O segundo capítulo será baseado na Obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” de Luigi Ferrajoli onde, o Garantismo Penal é visto como um sistema normativo dotado de garantias de racionalidade, uma forma de estudar a fundo os problemas relacionados à aplicação da pena pelo Estado, visando a proteção ao investigado ou acusado para que sejam vistos como sujeitos de direitos e não como simples objetos processuais.

A teoria garantista é uma proteção aos sujeitos de direitos e por meio dela é possível que o poder soberano estatal seja controlado e a liberdade dos indivíduos seja garantida, assim mesmo que o ordenamento jurídico esteja codificado faz-se mister que a norma seja válida e eficaz, garantindo assim uma proteção da humanidade.

O terceiro capítulo apresenta o direito de punir do Estado como uma nova estruturação da sociedade, abordando desde os primórdios até a fase da comunidade civil.

Assim sendo, o direito de punir do Estado surge como forma de preservação da sociedade, conforme será explicado no último capítulo, em que se nota que a sociedade para evitar um estado de guerra abriu mão de seus direitos naturais passando para o Estado a legitimidade de aplicar sanções e garantir uma harmonia social, sendo assim, não seria justo que os direitos inerentes aos cidadãos fossem violados.

Por fim, é necessário mencionar que todos os cidadãos têm direitos às garantias fundamentais, independente de classe social, etnia, cor, gênero, principalmente os que não têm “voz” para o Estado, como os investigados, processados e sentenciados, que por sua vez também são cidadãos, e possuem direitos, os quais são diariamente violados.

1. O CONCEITO DE LIBERDADE SOB AS PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS

A liberdade aduz como um dos princípios de maior compromisso filosófico e de reflexão voltado ao ser humano. Ao longo do tempo a filosofia foi se revelando e se realizando à procura de conhecimento completo, com a finalidade de explicar os principais problemas que se colocam à humanidade. A compreensão do termo varia de acordo com a cultura, a política, a religião, e com a época em que se vive, haja vista que acontecimentos históricos alteram a ideia do que seria a liberdade.

Diversas teorias filosóficas e políticas tentaram definir liberdade. As concepções sobre essas determinações, nas diversas culturas e épocas históricas, tornam complicadas definir a ideia de liberdade de uma forma total. Ressalta-se a grande importância da história da filosofia, pois, é por meio desta que será possível apresentar os conceitos que abrangem a denominação de liberdade.

Antes de conceituar, é preciso elucidar que a liberdade é um direito garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em vista que foi promulgado após a Revolução Francesa. Previamente, pode-se falar que liberdade é um direito inerente ao ser humano, ou seja, um poder de exercer a própria vontade desde que dentro dos limites da lei (HOUAISS, 2004).

Diante disto, preceitua o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Ademais, ressalta-se ainda o caput do artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Neste contexto é possível observar conforme expõe Maria Garcia na “Revista de Direito Constitucional e Internacional”, que a liberdade é um direito fundamental básico ao ser humano, pois decorre do artigo 5º da Constituição Federal (GARCIA, 2002). Porém há limitação, o

indivíduo será livre desde que não cometa infrações penais, garantindo assim uma ordem na sociedade.

Existe ainda definição do termo no “Dicionário Jurídico Brasileiro”, onde expõe que liberdade *libertate* significa:

[...] a faculdade de que tem todo indivíduo capaz, de escolher livremente, agindo por determinação própria e dentro dos limites da lei, sem exceder o seu direito em prejuízo de outrem, e de fazer tudo aquilo que não seja vedado pela lei ou pela moral, ou pelos bons costumes (SANTOS, 2001, p. 150).

Como é possível verificar, o sentido da palavra liberdade é amplo, com diversas respostas e entendimentos acerca de uma definição. Assim sendo, despertou em alguns filósofos o questionamento sobre tal conceito, onde os filósofos procuram esclarecê-la, pois como já citado, o desejo de liberdade é um sentimento que está arraigado ao ser humano.

Os primeiros que trabalharam o conceito de liberdade foram os gregos, quando no princípio, a definição de liberdade era usada para mostrar a distinção que havia entre os homens livres e os escravos. “Os gregos usaram o termo *eleutheros* (livre), para designar o homem não escravizado. Já os latinos compreendem o termo liberdade, que deriva do adjetivo líber (liberto) inicialmente denotava que um indivíduo já estava pronto para ser incorporado na vida em comunidade” (BUENO, 2007, p. 12).

Neste contexto a liberdade aplicava-se “[...] ao homem que o espírito da procriação encontrava-se naturalmente ativo”. Essa interpretação explicaria porque, para o jovem, identificava-se a plena incorporação à comunidade como cidadão livre com recebimento da toga viril, ou *toga libera* (MORA, 2001, p. 407).

Nesta linha de raciocínio, a liberdade resumia-se em um estado de ser, sendo que, para os gregos, pessoa livre era aquela que não era escrava, e para os latinos, a liberdade estava vinculada no sentido de uma responsabilidade em favor da comunidade, ou seja, do indivíduo com a comunidade. Sendo assim, para os gregos ser livre seria a diferenciação de uma classe para outra e para os latinos a liberdade estaria diretamente relacionada com a responsabilidade da vida em comunidade (BUENO, 2007).

Maria do Carmo Bettencourt de Faria apresenta sua obra intitulada “A Liberdade Esquecida”, a palavra liberdade no período grego possuía três termos: *eleutheria*, *enkrateia* e *autarkeia*. Estas denominações abrangem distintas definições acerca de liberdade, para uma melhor aceção sobre o termo (FARIA, 1995)

O primeiro termo *eleutheria* (liberdade de movimento), é um estatuto sociopolítico que diferencia os “cidadãos” dos escravos. Logo, é possível observar que essa definição evidencia

que o poder e a lei estão intrinsicamente ligados à liberdade. Acrescenta-se que a liberdade aqui está associada ao contexto político (FARIA, 1995), vejamos:

No contexto social da cidade-Estado, o pensamento sobre a liberdade se apresenta a partir da experiência concreta da escravidão: *eleutheros* é, antes de mais nada, um estatuto sociopolítico que opõe uma categoria – a dos cidadãos – a outra – a dos escravos, *doulos*. Na cidade grega não aparece apenas a submissão dos servos a um monarca instituído pela, ou descendente da divindade. No interior da própria sociedade, o estatuto jurídico distingue claramente duas classes de homens: livres e escravos, diferentemente relacionados com o poder do Estado, com seus estatutos jurídicos e com os tribunais (FARIA, 1995, p. 173).

A própria realidade histórica se acrescenta a este primeiro. Nas guerras, a Grécia luta pela liberdade e autonomia de suas cidades. Assim, aconteceu contra a Pérsia e depois nas guerras intestinas, em que as cidades se uniam em guerra contra outras para livrarem-se de uma hegemonia. Contudo, o contexto grego afirma que a defesa da lei implica a defesa da liberdade, portanto, nessa concepção não há oposição entre lei e liberdade, mas uma sustenta a outra.

O segundo termo *enkrateia* (no poder de si mesmo) está relacionado ao autodomínio, neste contexto a análise do conceito de liberdade passa por uma significativa alteração. A palavra *enkrateia* significava “domínio de si próprio, firmeza e moderação”, tendo aparecido exclusivamente no contexto socrático, havendo preocupação com liberdade interna do indivíduo. Neste caso o ser humano não se confronta mais com o seu destino, mas com suas paixões internas (BRITO, 2010, p. 29). Trata-se do conceito determinado por ele e trazido ao conhecimento do autodomínio de si, deste modo, a conduta é determinada por meio de uma virtude.

É necessário evidenciar que um dos primeiros filósofos a aclarar o conceito de liberdade foi Sócrates (469 a 399 a.C). Para o filósofo o ser humano é considerado livre se conseguir dominar os próprios sentimentos e pensamentos, realizando assim, um autoconhecimento ou seja, este período é “[...] voltado ao conhecimento do homem, particularmente de seu espírito e de sua capacidade de conhecer a verdade” (CHAUÍ, 2000, p.43).

A *enkratés* interpreta novo padrão moral e nova forma de conceber a liberdade. Posto isto, Sócrates identifica o domínio adquirido em relação às próprias paixões como autoconhecimento, considerando que “[...] só a ignorância pode, no homem, justificar a escolha do mal. Ignorância de si, de suas paixões, de sua desordem interior” (FARIA, 1995, p. 178).

Destaca-se ainda o pensamento do filósofo e matemático Platão, que viveu no tempo clássico da Grécia Antiga (428 a 347 a.C), autor de diversos diálogos filosóficos e importante aluno e discípulo de Sócrates. Para este filósofo liberdade seria a opção de cada indivíduo em viver na virtude, sendo com a moral ou até mesmo sem ela (CHAUÍ, 2000).

O terceiro termo, *autarkeia*, define-se como autossuficiência, a qual aparece nas intenções finais das ações dos indivíduos, pois nesse sentido torna a vida mais digna e livre. A autossuficiência não deve ser interpretada no sentido individualista, mas no sentido de sua dimensão comunitária. Deste modo, é possível verificar que essa forma de ser livre é baseada na independência do ser humano, pois efetiva suas ações pela própria vontade (FARIA, 1995).

A liberdade apresenta-se como grande princípio filosófico e de grande reflexão, uma vez que tem o ser humano como extensão. A filosofia ao longo do tempo estudou e buscou conhecimento completo, ou até simples, para definir liberdade e explicar os principais problemas que se colocam ao ser humano.

1.1 Liberdade para Aristóteles

Aristóteles (385 – 322 a. C), nasceu em Estagiros, cidade pequena da Trácia fundada por colonos gregos, foi um filósofo grego e discípulo de Platão. Filho de Nicômaco, que era médico bastante famoso e neto de Esculápio. Seus pensamentos filosóficos e ideias sobre a humanidade têm influências significativas na educação e no pensamento ocidental contemporâneo (ARISTÓTELES, 2006).

A primeira grande teoria filosófica de liberdade foi apresentada por Aristóteles em sua obra “Ética a Nicômaco” e, permanece por meio dos séculos, chegando até o século XX, quando foi retomada por Sartre. Nesse sentido, “[...] a liberdade se opõe ao que é condicionado externamente (necessidade) e que acontece sem escolha deliberada (contingência)” (CHAUÍ, 2000, p. 464).

Para Aristóteles, liberdade se define pela capacidade do homem de escolhas, pois a vida oferece diversas alternativas, e é preciso de liberdade para ser hábil e escolher entre as opções que lhe são oferecidas. De modo extensivo, esta opção de escolha deve ser feita de forma voluntária e racional, com isso, verifica-se que a liberdade de escolha para Aristóteles apenas se torna possível aos seres humanos, posto que, necessita mais do que paixões para norteá-la, diferenciando-os assim dos demais seres vivos (ARISTÓTELES, 1987).

Segundo Aristóteles “[...] é livre aquele que tem em si mesmo o princípio para agir ou não agir, isto é, aquele que é causa interna de sua ação ou da decisão de não agir”. A liberdade é concebida como o poder pleno e incondicional da vontade, sendo necessária para determinar a si mesma ou para ser autodeterminada, logo, o ser humano é livre à medida em que tem seu poder de escolha (CHAUÍ, 2000, p. 464).

Desta maneira, a liberdade seria espontaneidade total do indivíduo, em que cada ser humano é livre na medida de sua capacidade, e não será forçado nem constrangido por ninguém para que tenha sua liberdade. Ser livre resultaria em suas próprias escolhas.

Sendo assim, expõe Marilena Chauí em sua obra *Convite à Filosofia*, na concepção aristotélica:

[...] a liberdade é o princípio para escolher entre alternativas possíveis realizando-se como decisão e ato voluntário. Contrariamente ao necessário ou à necessidade, sob a qual o agente sofre a ação de uma causa externa que o obriga a agir sempre de uma determinada maneira, no ato voluntário livre o agente é causa de si, isto é, causa integral de sua ação (CHAUÍ, 2000, p. 464).

Deste modo, a vontade livre é determinada pela razão ou pela astúcia e, neste caso, seria preciso admitir que é causada pelo raciocínio, ou seja, pelo pensamento e não por algo incondicionado.

1.2 Liberdade para Thomas Hobbes

O filósofo Thomas Hobbes, nasceu em Westport, Inglaterra, em 05 de abril de 1588, foi teórico político e filósofo, autor de grandes obras como “Leviatã” e “Do Cidadão”, sendo reconhecido pela explicação de seus pontos de vista sobre a natureza humana e sobre a necessidade de um governo e de uma sociedade (HOBBS, 2006).

Seguindo os passos de Aristóteles, o qual acreditava que o ser humano é um *zoon politikon*, isto é, um animal social, sociável, político e que somente com a socialização se realiza plenamente a natureza humana, Hobbes elucida que o ser humano será sociável por meio de uma construção (NOVAES, 2002).

O filósofo Hobbes concorda com a conceituação de Aristóteles sobre liberdade, contudo este acredita que cada ser humano possui e usa a liberdade como melhor entender, preservando a própria natureza. Assim, Hobbes preceitua a concepção de que:

Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem (HOBBS, 2003, p. 112).

Destaca-se que: “[...] não somos um poder incondicional de escolha de quaisquer possíveis, mas que nossas escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais e históricas que vivemos, isto é, pela totalidade natural e histórica em que estamos situados” (CHAUÍ, 2000, p. 466).

Neste seguimento, surge a noção de possibilidade objetiva da liberdade, sendo que a liberdade seria uma necessidade somada com a capacidade de perceber possibilidades, surgindo assim, outro sentido ou direção.

No período da Idade Medieval, a igreja católica influenciou muito o conceito de liberdade, sobressaindo-se o pensamento de Santo Agostinho (354, d.C – 430, d.C). Segundo este filósofo, à medida em que o homem possui o livre arbítrio, pode distanciar-se do bem, reconhecê-lo, e pode dar ensejo à tentativa do homem se igualar a Deus. Já durante o Renascimento, o cenário político-cultural europeu foi amplamente modificado, sendo readquirido o conceito de liberdade política ao passo em que também foi progressivamente afirmado o conceito de liberdade de pensamento na esteira cultural da virada antropocêntrica e humanista (MENDES, 2006).

No século XVII, o conceito de liberdade foi revisado em razão dos debates teóricos acerca da formação do Estado, sua legitimidade e função. Esta visão ensejou a dicotomia entre liberdade natural (antes do pacto social, de acordo com os contratualistas) e a liberdade civil, decorrente da formação do Estado. Neste sentido, a partir da ideia do contrato social, caberia o exercício das liberdades civis, ao ponto que a liberdade passaria então a ser tratada como coisa, ou seja, como algo passível de troca e delimitação (TREVIZAN; DIAS NETA, 2010).

Hobbes (2003), em sua obra “Leviatã”, anuncia dois fatores determinantes para pensar em liberdade de um corpo, sendo a primeira a ausência de impedimentos externos e a segunda refere-se à ausência de impedimentos à utilização do seu poder natural ou potência natural. No entanto, constata-se a utilização, por parte de Hobbes, do termo liberdade caracterizado como ausência de impedimentos ao movimento, e não como ausência de impedimentos ao poder ou potência natural.

Neste contexto, Hobbes propôs a limitação por meio da coação, Locke, por sua vez, desenhou um modelo de Estado liberal, que tinha como objetivo a proteção da liberdade e da igualdade entre os cidadãos. É necessário reforçar o sentido de intervenção do Estado na liberdade somente a partir de um procedimento legítimo e que esteja legalmente previsto.

Para Hobbes, “liberdade é ausência de impedimentos e de oposições” (HOBBS, 2003, p. 47). No Estado hobbesiano, sabe-se que os súditos estão totalmente imersos na submissão ao soberano, conseqüentemente, as suas liberdades são bem minimizadas. Segundo este filósofo: “[...] homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer” (HOBBS, 2003, p. 129).

É necessário ressaltar que esta liberdade só é possível no estado natural, cabe mencionar que estado de natureza segundo Jecson Girão Lopes “é o modo de ser que caracteriza o homem antes de sua entrada no Estado Social” (LOPES, 2012, p. 174). Contudo, para não morrer de forma violenta, ter paz, segurança e para a defesa da própria vida, o ser humano abre mão da liberdade incondicional, e submete-se ao Estado. Junto ao Estado são criadas as leis civis, surgindo um dilema de liberdade como necessidade do indivíduo. O Estado limita a liberdade natural, e é dentro dele que encontra a liberdade dos súditos. Liberdade, portanto, depois da efetivação do Estado é concebida somente dentro das regras do próprio ente soberano (LOPES, 2012).

Destarte, torna-se evidente que o modelo de Estado para Hobbes não suprime totalmente a liberdade humana, o que ocorre é uma ordem de ações, na qual por meio de um aparato legal da soberania há regulamentação e restrição de ações que inviabilizam de alguma forma a preservação da vida e também possui a função de orientar aquelas que não atentam a este fim, como forma de segurança e proteção (HOBBS, 2003).

Por meio dessa afirmativa, ficam constituídos os indicativos consistentes de que Thomas Hobbes emprega e conceitua a natureza da liberdade humana. É possível ainda interpretar que a reflexão filosófica e política de Hobbes identifica-o como um teórico alheio à efetivação da liberdade humana diante dos pressupostos do seu modelo de Estado.

1.3 Liberdade para Jean Jacques Rousseau

O filósofo Rousseau (1712 a 1778) viveu no século XVIII, conhecido também como século das luzes, cujo contexto histórico era o Iluminismo e, é por meio deste contexto que Rousseau se opõe ao Iluminismo, pois não considerava só a razão como única realidade humana, mas levava em consideração a natureza humana (SOETARD, 2010).

A liberdade na temática de Rousseau é um elemento importante de se destacar por representar um bem para o indivíduo e uma qualidade primordial, esta representa um direito aos seres humanos. Ser livre é quando uma pessoa participa de suas próprias ações, sendo que para este filósofo todos os homens nascem livres, a liberdade é a qualidade do indivíduo, por isso ela é tão importante que sobrepõe o interesse privado (ROUSSEAU, 2002).

É de grande importância aludir o pensamento do filósofo Jean Jacques Rousseau, uma vez que referido pensador compreende que a liberdade e a igualdade consistem no escopo de uma legislação, sendo considerado o seu maior bem. Em sua obra “O Contrato Social”, aclama que “renunciar à própria liberdade é renunciar à qualidade de homem” e que, se uma vez perdida

não poderá jamais ser readquirida e, portanto, demonstra que, no seu ponto de vista, a liberdade se perfaz como imprescindível à sobrevivência dos seres humanos (ROUSSEAU, 2002, p. 27).

No âmbito do filósofo Rousseau (2002), o homem no seu processo de desenvolvimento passa por estágios que vão do mais primitivo, quando a associação entre os indivíduos se dava pela necessidade imediata de busca pela sobrevivência, e atinge um estágio de mais acentuada divisão de trabalho e da propriedade, surgindo assim as várias formas de desigualdades sociais, condição esta que não é legítima do ponto de vista natural, pois desigualdades e injustiças não são naturais dos seres humanos.

O autor parte do fundamento de que o ser humano em seu estado natural nasce bom e livre, sendo dominado por impulsos egoístas, vivendo uma liberdade natural e só conhecendo limites nas suas forças. Destarte, força e liberdade são condições naturais do ser humano no estado de natureza e ninguém poderá escravizá-lo sem o seu consentimento. Segundo este pensador, nenhuma pessoa nasce escrava, isto seria decidir o futuro de alguém, não os tornando seres humanos (ROUSSEAU, 2002).

O filósofo se coloca sobre a escravidão que, para ele é uma condição ilegítima, visto que homem algum tem direito natural sobre outrem. É importante ainda destacar que, para Rousseau, mais do que a razão, o homem caracteriza-se pela liberdade, ou seja, não deve caber a outrem dispor da condição de homem livre.

Rousseau fundamenta as suas ideias políticas na defesa de dois valores que são: a liberdade e a igualdade. Estes dois valores são dependentes um do outro, pois a liberdade é uma dependência ao Estado e é preciso haver igualdade entre os indivíduos, pois se uma pessoa for superior a outra, uma será detentora maior de poderes, enquanto a outra acabará sendo submissa. Sendo assim, não haverá igualdade e nem liberdade (ROUSSEAU, 2002).

Assim pensa também o filósofo Kant, pois, para este, a igualdade limita a liberdade, ou seja, a igualdade dos homens se dá por meio da racionalidade, “[...] pois o homem se identifica com a razão e todo ser racional é um fim em si mesmo, pois pode agir com autonomia”. Sendo assim, trata-se de igualdade universal (TREVIZAN; DIAS NETA, 2010, p. 119).

Ademais, cabe ainda destacar que Rousseau afirma que cada sociedade deve possuir a sua própria legislação, de acordo com as circunstâncias, a situação local e o caráter de cada habitante. Desta forma, seria aplicada a legislação adequada a cada país para um bom desenvolvimento (ROUSSEAU, 2002).

Por fim, as sociedades são regidas por leis, sejam elas políticas ou fundamentais, “[...] o povo é sempre o senhor de mudar suas leis” (ROUSSEAU, 2002, p. 60). O filósofo Rousseau destaca uma espécie de lei que se aplica como pena, pois se refere à aplicação da pena como

sanção, sendo esta uma espécie particular de leis. Ao ocorrer a desobediência às leis do Estado, nascem as leis criminais, limitando assim a liberdade dos indivíduos (ROUSSEAU, 2002).

1.4 Liberdade para Immanuel Kant

O pensador Immanuel Kant (1724 –1804), nasceu na pequena cidade de Koenigsberg, Alemanha, foi um filósofo que estudou acerca da liberdade, analisando novos conceitos e percepções. O filósofo alemão, ao empreender um sistema filosófico, que tem a razão como primazia para o conhecimento, inaugura um pensamento em que a liberdade passa a ser destaque, como questão que se desvela como um ponto central na construção de sua teoria da ação (KANT, 1959).

Assim, no século XVII ocorreu a ascensão social burguesa ao poder, grandes alterações sociais, econômicas e culturais foram vivenciadas, [...] o que definitivamente mudou o rumo das tradições e instituições” (TREVIZAN; DIAS NETA, 2010, p.111). Com o decorrer desta transformação, a ideia de liberdade também foi modificada, eis que esta era preconizada pelo movimento filosófico, artístico e político do Iluminismo. Nessa direção, sobressaem-se os esforços de Immanuel Kant (TREVIZAN; DIAS NETA, 2010).

O conceito de liberdade desenvolvido por Kant é inovador. Dentre seus precedentes o único que de certa forma se aproxima de sua concepção é o conceito de Jean Jacques Rousseau. Kant recebe de Rousseau a ideia de liberdade definida como autonomia moral do indivíduo.

A liberdade para Kant surge de maneira revolucionária, e talvez encontre explicação concreta se considerarmos que o seu pensamento filosófico, em relação à “teoria prática”, é apontado pela possibilidade de existência do reino da liberdade (HECK, 1983, p. 80). O filósofo dissemina suas primeiras posições acerca do assunto no final da terceira seção da obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”:

A liberdade é uma simples ideia cuja realidade objetiva não pode ser de modo algum exposta segundo leis naturais e, portanto, em nenhuma experiência também, que, por consequência, uma vez que nunca se lhe pode supor um exemplo por nenhuma analogia, nunca pode ser concebida nem sequer conhecida. Ela vale somente como pressuposto necessário da razão num ser que julga ter consciência duma vontade, isto é, duma faculdade bem diferente da simples faculdade de desejar ‘a saber, a faculdade de se determinar a agir como inteligência, por conseguinte segundo leis da razão independentemente de instintos naturais’ (KANT, 1980, p. 159).

A partir disso, é observado que a liberdade se mostra clara, tendo em vista a inteligência do ser humano e a racionalidade, sendo uma capacidade de se autodeterminar, diferenciando-se do conceito da realidade objetiva, pois independe das afeições naturais.

No entanto, o filósofo aponta para a liberdade como possibilidade no âmbito da razão, porém, a partir da obra “Crítica da Razão Prática”, encontra a ideia essencial da liberdade. Sendo assim é possível conferir que:

O conceito de liberdade [...] constitui a pedra angular de todo o edifício de um sistema da razão pura, inclusive a especulativa, e todos os demais conceitos (os de Deus e da imortalidade) que, meras ideias, permanecem desapoimadas na razão especulativa, aliando-se ao mesmo tempo adquirindo e por meio dele consistência e realidade objetivas, isto é, a sua possibilidade fica demonstrada pelo fato de ser liberdade real, já que esta ideia se manifesta por meio da moral (KANT, 1959, p. 149).

O filósofo Kant defende a tese de que o ordenamento jurídico é responsável por harmonizar as liberdades externas. Com isso são marcados dois paradigmas indicando a divisão entre o direito e a moral, que ao lado da liberdade externa existe também a liberdade interna. O conceito de liberdade para Kant não se identifica com o conceito jurídico de apenas fazer o que não é proibido ou ordenado por lei. Além disso, para o filósofo, a vontade de escolha, ou seja, o arbítrio, também não traduz a ideia de liberdade (SALGADO, 1995).

A concepção kantiana não se refere à ideia de liberdade natural, como era na definição romana jurídica em que a força e a lei eram os elementos limitadores da liberdade. Difere-se ainda da capacidade interna de escolha, a qual era desenvolvida por Santo Agostinho e posteriormente por Santo Tomás que acreditavam que a liberdade era um poder de eleição (SALGADO, 1995).

É necessário salientar que para Kant a liberdade não se liga à felicidade, mas sim na autonomia de agir, o indivíduo livre é aquele que “[...] age exclusivamente com base na razão, à medida em que não se deixa perturbar pelos sentidos”. À vista disso, o filósofo Immanuel Kant se diferenciou de Santo Agostinho, a liberdade para Kant é inerente à razão, à proporção em que ela determina a ação (SALGADO, 1995, p. 228).

Kant afirma que seria necessário atribuir a ideia de liberdade a todo ser pensante que possui suas próprias vontades, pois assim, somente ele poderia agir. Nesta linha de pensamento:

Um ser racional agiria sempre conforme a razão, mas o homem que pertence ao mundo sensível e ao mundo inteligível tem que considerar-se como submetido à lei prescritiva da razão. Logo, todo ser racional tem que conhecer as leis do mundo inteligível como imperativos e as ações deles decorrentes como deveres (GOMES, 2000, p. 66 e ss.).

Por meio deste raciocínio é possível refletir a ideia segundo a qual sempre que o ser humano pensa como se livre fosse, reconhece ao mesmo tempo a consciência da possibilidade de autonomia. Por consequência, como ser racional, o ser humano é dotado de vontade livre, capaz de elevada função, com o objetivo de permitir a reflexão moral.

Por fim, a liberdade é elucidada por Kant da seguinte forma:

Ninguém pode me constranger a ser feliz a sua maneira como ele concebe o bem estar dos outros homens, mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause danos à liberdade dos outros, isto é, ao direito de outrem aspirarem a um semelhante, que pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível (KANT, 1988, p. 75).

Portanto, o ser humano é livre, enquanto não cause mal ao próximo, respeitando a liberdade de cada indivíduo, nenhuma pessoa tem direito de interferir na liberdade do outro, mas é preciso que todos respeitem uma lei universal para o bem comum em sociedade.

1.5 A Liberdade para Jean Paul Sartre

Jean Paul Charles Aymard Sartre (1905 – 1980) foi um filósofo crítico Francês e para ele, liberdade é a escolha incondicional que o próprio homem faz de seu ser e de seu mundo. Desta forma, “[...] quando julgamos estar sob o poder de forças externas mais poderosas do que nossa vontade, esse julgamento é uma decisão livre, eis que outros homens, nas mesmas circunstâncias, não se curvaram nem se resignaram” (CHAUÍ, 2000, p. 464).

Sartre afirma que “estamos condenados à liberdade” (SARTRE, 1997). No mesmo sentido Jean Jacques Rousseau diz: “O homem nasceu livre, mas por toda a parte está a ferros” (ROUSSEAU, 2002, p.23). O nobre filósofo Montesquieu não pensa diferente, o qual diz que “a liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder” (MONTESQUIEU, 2000, p.166).

Assim, é possível observar que o ser humano possui o direito à liberdade, haja vista que nasce livre, no entanto, ao mesmo tempo em que se está livre, automaticamente passa a estar aprisionado, pois, a partir do momento em que a liberdade é limitada em fazer o que a lei permite, a própria liberdade torna os seres vivos presos nela.

No poema de Carlos Drummond “Sete Faces”, ele afirma que somos maiores que o “vasto mundo” e elucidada que é a liberdade que define a humanidade dos humanos, sem escapatória. Também é possível ressaltar o poema de Vicente de Carvalho “Felicidade”, quando ele diz que a felicidade “está sempre apenas onde a pomos” e “nunca a pomos onde nós estamos”. E assim, somos agentes livres tanto para ter quanto para perder a felicidade (CHAUÍ, 2000, p. 465).

O filósofo Jean Paul Sartre segue com foco na condição humana, estuda a experiência subjetiva de consciência e o estudo do ser para responder acerca de interrogações sobre o que a liberdade geraria nos seres humanos. Em sua obra “O Ser e o Nada”, Sartre aborda sobre a liberdade:

A liberdade humana precede a essência do homem e torna-a possível: a essência do ser humano acha-se em suspenso na liberdade. Logo, aquilo que chamamos liberdade não pode se diferenciar do ser da realidade humana. O homem não é primeiro para ser livre depois: não há diferença entre o ser do homem e seu ser-livre (SARTRE, 1997, p. 68).

Logo, é possível observar que para este filósofo, o ser humano tem a liberdade como sua essência, neste sentido, ele estaria preso em sua própria liberdade, então, está diretamente ligada à própria essência do indivíduo, um não existe sem o outro.

Destaca-se que tudo é formação histórico social, sendo a totalidade que age ou atua segundo seus próprios princípios, dando a si mesma suas leis, regras e normas. A liberdade agora não é um poder individual incondicionado para escolher, tendo em vista que é o poder do “todo” que move a liberdade (CHAUÍ, 2000).

É possível verificar que esta concepção não mantém a oposição entre liberdade e necessidade, entretanto afirma que a necessidade (as leis da natureza, as normas e regras da cultura e as leis da história) é a forma pela qual a liberdade do todo se manifesta. Elucida Marilena Chauí:

A totalidade é livre porque se opõe a si mesma na existência e define por si mesma as leis e as regras de sua atividade; e é necessária porque tais leis e regras exprimem necessariamente o que ela é e faz. Liberdade não é escolher e deliberar, mas agir ou fazer alguma coisa em conformidade com a natureza do agente que, no caso, é a totalidade (CHAUÍ, 2000, p. 465).

Todavia, foi necessário questionar sobre a liberdade humana, segundo Chauí e o pensamento aristotélico-sartreano e estóico-hegeliano onde duas são as respostas:

A primeira afirma que o todo é racional e que suas partes também são, sendo livres quando agirem em conformidade com as leis do todo, para o bem da totalidade e a segunda afirma que as partes são de mesma essência que o todo e, portanto, são racionais e livres como ele, dotadas de força interior para agir por si mesmas, de sorte que a liberdade é tomar parte ativa na atividade do todo (CHAUÍ, 2000, p.465).

Por isso, é evidente o significado da palavra liberdade, a qual demonstra sua essencialidade nos seres humanos, confirmando o alegado inicialmente de que cada indivíduo tem uma concepção distinta dos demais sobre a nobreza da liberdade, pois cada ser humano é influenciado por distintos fatores da vida social.

Por fim, é imprescindível destacar a concepção de liberdade para Jean Jacques Rousseau, dado que vislumbra a ordem social, desde que sejam preservados o direito de igualdade e liberdade em um estado de natureza, pois, são direitos inerentes aos cidadãos, sendo assim, uma maneira de implantar uma forma de liberdade que garanta a existência plena de todos os seres humanos.

2. GARANTISMO PENAL

Após explanar alguns conceitos filosóficos acerca de liberdade surge o questionamento sobre a limitação do indivíduo, que seria a problemática relacionada à liberdade do ser humano em face do direito de punir do Estado, a qual será fundamental para o desenvolvimento do segundo capítulo.

Como foi possível observar, o Estado acabou limitando as pessoas para a manutenção de uma ordem social, porém, cabe ressaltar que a Constituição Federal atual garante direitos, ou seja, para restringir a liberdade de alguém seria necessário primeiro dar direitos.

Este capítulo terá como base a obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” de Luigi Ferrajoli. O garantismo penal é visto como um sistema normativo dotado de garantias de racionalidade, uma forma de estudar a fundo os problemas relacionados à aplicação da pena pelo Estado, visando a proteção ao investigado ou acusado para que sejam vistos como sujeitos de direitos e não como simples objetos processuais (FERRAJOLI, 2002).

Luigi Ferrajoli apresenta o garantismo penal (2002) em sua obra como um modelo ideal, uma meta que ainda não foi alcançada inteiramente, considerando um direito próprio de um Estado Social. Nota-se que o garantismo não se define em ser apenas legalista, mas tem como base o Estado democrático de direito.

De início cabe destacar que para existir um Estado é fundamental a existência do convívio social da humanidade, e para isso é de grande relevância explorar o conceito de direito e sociedade, pois o ordenamento jurídico é formado pela união de interesses comuns.

Assim, o Estado de direito é resultado de uma evolução histórica, tendo em vista que limitou o poder à lei e à arbitrariedade. Contudo, observa-se que nem todo Estado que se fundamenta em Lei corresponde a um Estado de direito, pois, uma lei pode ser injusta, mesmo que seja fruto de uma democracia.

Antes de adentrar ao tema do garantismo penal, é necessário abordar sobre o que é direito e para isso será realizado um breve estudo acerca do direito natural e o direito positivo, posto que a sociedade que fundamenta o direito é conceituada de acordo com os primórdios da civilização.

A autora Ana Lúcia Sabadell, apresenta em sua obra “Manual de Sociologia Jurídica”, a parte histórica do direito natural, a qual aborda que as leis que condicionam a existência do direito não se referem às encontradas no Código, “[...] mas sim a valores, princípios, obrigações

e também as regras da própria natureza, que influenciam a vida do homem em sociedade” (SABADELL, 2013, p. 24).

O direito positivo pode ser estabelecido conforme Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito” (1999) expõe que o direito está relacionado à conduta humana, um conjunto de normas que possui unidade para que seja formado um sistema, ou seja, é “um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 1999, p. 04)

Verifica-se que o direito seguindo a linha de raciocínio de Hans Kelsen (1999) é baseado em normas jurídicas para a formação do sistema e para que haja ordem normativa, esta teoria é positivista, pois tem como exclusividade normas jurídicas.

Já o direito natural se fundamenta em autoridade bem determinada (Deus, natureza, razão humana) que não tem um caráter histórico, e não é um produto político, sendo um direito imutável, estável e permanente. Já para o positivismo, o direito é basicamente um produto histórico de uma determinada sociedade, ou seja, um resultado de uma vontade política (SABADELL, 2013).

A compreensão de sociedade será definida por meio de uma compreensão histórica, o filósofo Jean Jacques Rousseau descreve sobre as primeiras sociedades no segundo capítulo do Contrato Social, vejamos:

A família é a mais antiga das sociedades, e também a única natural; os mesmos filhos só ao pai se sujeitam enquanto necessitam dele para se conservar, e finda a precisão, desprende-se o laço natural; isentos os filhos da obediência devida ao pai, isento este dos cuidados que requerer a infância, todos ficam independentes. Se continuam a viver unidos, não é natural, mas sim voluntariamente, e só por convenção a própria família se mantém (ROUSSEAU, 2002, p.24).

Eis que a primeira sociedade nasce de uma forma natural, e se mantém pela dependência e necessidade de um com o outro, deste modo, quando se rompe o vínculo familiar deixa de ser natural, porém se permanecerem unidos será pela livre vontade e não mais pela dependência.

A sociedade nasce das relações pessoais, posto isto, o filósofo Aristóteles em sua obra “A política” fundamentou que o homem é por natureza um ser social e que está destinado a viver em uma sociedade civil, porque mesmo que os indivíduos não dependam um do outro eles possuem a necessidade de viver em conjunto (ARISTÓTELES, 2006).

Battista Mondin em sua obra “O homem quem é ele?” Diz que o ser humano é um ser sociável, uma vez que possui a “[...] propensão para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torná-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmos bens” (MONDIN, 1986, p. 154).

Portanto, o ser humano não vive isolado, vive em grupo, ou melhor, em uma sociedade, sendo que cada indivíduo possui uma concepção de vida e pensamento, surgindo assim, conflitos. O direito e sociedade estão vinculados um ao outro, visto que o ser humano vive em sociedade e para o controle de conflitos de interesses surge o direito e o Estado.

Adentramos então no tema relacionado ao direito de punir do Estado, tendo em vista que o ordenamento jurídico que limita os indivíduos em sua liberdade é o estabelecido na sociedade para o Controle Social. A integração social do indivíduo faz com que surjam problemas e conflitos e o Estado interfira por meio das normas que são o que contemplam o direito.

Posto isso, o direito é a forma específica de controle social dentro de uma sociedade, tratando-se de controle formal, determinado por normas de conduta e, segundo Ana Lucia Sabadell essas normas apresentam três características: explícitas, indicando à população de forma exata e clara aquilo que não deve fazer; protegidas pelo uso de sanções e interpretadas e aplicadas por agentes fiscais (SABADELL, 2013).

O elemento essencial que será estudado é o da sanção jurídica, tendo em vista que é o principal exercício do direito para controle social, pois depende do cumprimento ou não de uma norma jurídica. A sanção jurídica é adotada pelo Sistema jurídico brasileiro, porém, não é eficaz para o controle social e para a dignidade humana.

Ana Lucia Sabadell divide a sanção em duas categorias: preventivas e reparatórias:

Preventivas: objetivam evitar a violação de normas, aplicando a determinados indivíduos formas de controle relacionadas com consequências negativas.
Reparatórias: aplicam-se contra o autor de um dano, provocado pela violação das normas jurídicas. Objetivam restaurar, na medida do possível, a situação anterior ou, pelo menos, restabelecer a ordem lesada e a confiança dos indivíduos no sistema jurídico (SABADELL, 2013, p. 141).

O Estado democrático de direito em regra não deveria aceitar as sanções preventivas, uma vez que as medidas de fiscalizações poderiam ser consideradas suficientes para o controle social. As sanções reparatórias “[...] decorrem do princípio de que uma pessoa pode ser punida somente após a comprovação (via processo) da comissão de um ato contrário ao direito” (SABADELL, 2013, p.141).

Observa-se que quando são aplicadas sanções para ordem social, a liberdade deixa de ser plena, logo, se o indivíduo é punido ao infringir o ordenamento jurídico se faz cogente lhe garantir direitos, para que não haja violação da dignidade da pessoa humana. Surge assim o tema garantismo penal, pois por meio deste estudo será abordada a proteção do ser humano quanto à aplicação das normas penais e processuais.

Nota-se que existe uma relação entre a Constituição Federal e o Direito Penal, haja vista que o Estado é de direito e protege seu sistema garantindo direitos fundamentais. No Brasil, a Constituição Federal serve como parâmetro para limitar o poder punitivo do Estado.

O garantismo penal é uma teoria jusfilosófica e tem como um dos grandes defensores Luigi Ferrajoli. Esta teoria foi desenvolvida de forma mais ampla no fim do século XX, pois decorreu do Iluminismo, e tem como pretensão apresentar-se como forma normativa de direito, estabelecendo ao poder estatal um vínculo com o cidadão, para a garantia de direitos (FERRAJOLI, 2002).

2.1 O Conceito de garantismo penal

Luigi Ferrajoli conceitua o Garantismo Penal em sua obra, porém, de três formas distintas, segundo um primeiro significado descreve:

[...] garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade de SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente como tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Desta forma, o garantismo penal atua para diminuir o poder de punir do Estado e garantir o direito de liberdade dos cidadãos, uma segurança aos indivíduos que vivem em um Estado democrático de direito, em que o poder nasce de um ordenamento jurídico (Constituição Federal).

O segundo significado é abordado com enfoque na teoria e crítica do direito, o autor fundamenta que o significado de 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 central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendemente garantistas) e práticas operacionais (tendemente 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, 2002, p. 684).

Este significado é importante, pois faz uma crítica ao ordenamento jurídico, tendo em vista que deveria ser garantista, já que a Constituição Federal garante direitos, no entanto, na

prática não se adota esta teoria. A vigência da lei reflete a cultura política e o senso comum, onde prevalece a lei positivada, seja qual for, mesmo que seja ilegal no funcionamento prático.

O terceiro significado acerca de Garantismo Penal para Luigi Ferrajoli decorre da filosofia do direito e crítica da política, significa:

[...] 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 o 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, 2002, p. 685).

Esta última interpretação, traz ainda um significado crítico, porém de um ponto de vista filosófico, uma forma de reflexão sobre a teoria garantista, um ordenamento jurídico válido é justo? Pensamentos críticos para uma visão externa da teoria.

Estes significados que traz o jusfilósofo Ferrajoli tem um grande fundamento, basta ver que será por meio de tais interpretações que será possível elaborar um único conceito da teoria do garantismo penal, como uma política criminal, em que o Estado intervenha no sistema normativo punitivo, para que a norma seja válida e efetiva, tendo como finalidade a aplicação de normas penais e processuais com todas as garantias de direitos.

Neste seguimento destaca-se que o garantismo foi fruto da herança do Iluminismo, surgindo na segunda metade do ano de 1970, senão vejamos:

[...] um novo modelo normativo de garantia aos direitos sociais, civis e políticos é lapidado na Itália como sinônimo de Estado constitucional democrático. Nascia o garantismo. Em sua relação com as garantias constitucionais e, primordialmente, com as garantias penais, adquiriu expressão. Luigi Ferrajoli é o seu principal expoente. O autor, num modelo de direito penal mínimo, limita a atuação punitiva estatal, tanto na cominação, quanto na aplicação da pena, visando consagrar o direito de liberdade dos indivíduos (BEM; MARTINELLI, 2016, p. ¹)

Abrangendo o sistema garantista, pode-se dizer que existe uma proteção no que se encontra positivado, por mais que esteja codificado, é de imensa importância atentar-se aos direitos conferidos aos cidadãos, “[...] a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições” (FERRAJOLI, 2002, p. 268)

A teoria do garantismo penal serve como “[...] um freio ideológico para a atuação indiscriminada no Estado na liberdade do cidadão, devendo utilizar o seu poder punitivo como

¹ Trecho extraído do Livro da Biblioteca Digital da Saraiva e o mesmo não possui página.

último recurso”, uma das limitações em face do poder punitivo estatal é como o Direito é materializado no ordenamento jurídico brasileiro (NOVELLI, 2014, p. 122).

2.2 Os fundamentos do garantismo penal

O garantismo penal converge com o direito penal mínimo, pois fundamenta-se nas mesmas ideias e pressupostos. O autor Luigi Ferrajoli estrutura o sistema penal garantista reagindo à crise de legitimidade e inefetividade do sistema penal dentro de um Estado que se diz de direito. Definindo assim, mecanismos institucionais para assegurar a normatividade e efetividade na tutela ou na satisfação dos direitos dos indivíduos (SICA, 2002).

O direito penal mínimo representa uma política criminal que minimiza a intervenção penal com base em requisitos mínimos de respeito aos direitos da pessoa humana pela lei penal. Possui como estratégia a contenção da violência punitiva por meio do direito “[..] baseado na mais rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias do Estado de direito e dos direitos humanos de todos os cidadãos, em particular das vítimas, processados e condenados pelo sistema de justiça penal” (ANDRADE, 2002, p. 17).

O Brasil viveu por anos sob o Regime da ditadura militar (1964-1984), durante este período foram violados direitos e garantias do cidadão brasileiro, tais como liberdade de expressão, liberdade em geral, direitos fundamentais e na linha processual o princípio do contraditório e ampla defesa (RANGEL; SANCHES, 2015).

Tendo em vista que o que vigorava no Brasil durante o período acima citado era um regime ditatorial militar, um Estado opressor e totalitário, faz-se necessária a abordagem da obra Ferrajoli “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, a qual fundamenta-se nas garantias dos indivíduos, ou melhor, de cada ser humano frente ao poder do Estado.

Com isso, as normas penais e processuais devem se fundamentar em garantias, para que exista segurança jurídica à sociedade. Já dizia Marat acerca das leis penais:

É necessário que haja em um Estado leis penais justas e sábias. É muito importante que não haja nada obscuro, incerto, arbitrário na ideia que se formule dos delitos e das penas, porque importa que cada um entenda perfeitamente as leis e saiba ao que se expõe ao violá-las. O Código criminal, então, não deverá ser senão bastante preciso. Ele deverá ser muito simples: as leis não devem ser estabelecidas senão para o que realmente interessa à sociedade, para não privar desnecessariamente o homem da liberdade (MARAT, 2008, p. 83).

Verifica-se a importância das leis justas e sábias, uma vez que está em jogo a privação da liberdade do indivíduo e as consequências de um processo penal, o qual exige como fundamento o garantismo, devendo ter como base o Estado democrático de direito.

Como fundamentação, Ferrajoli aborda a epistemologia garantista, a qual afirma que a unidade do sistema depende de princípios que garantam direitos, e estes se configuram como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, com o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, assim, “[...] de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” (FERRAJOLI, 2002, p. 29).

O modelo garantista apresenta diversas aporias lógicas e teóricas, “[...] que fazem dele um modelo ideal e em grande parte ideológico, e que em várias ocasiões tem provocado sua desqualificação científica e política por parte da cultura jurídica, com resultados indefectivelmente antigarantistas” (FERRAJOLI, 2002, p. 29). Desta feita, ao mesmo passo que se tem uma teoria que é fundamental e que preserva os direitos constitucionais dos indivíduos, esta mesma teoria torna-se utópica, pois, não possui uma eficácia concreta.

Ademais é preciso salientar os elementos constitutivos da teoria garantista, que são dois: um relativo à definição legislativa, e outro à comprovação jurisdicional do desvio punível. Um aborda o conjunto de garantias penais e o outro de garantias processuais, ambos se complementando em face do sistema punitivo que os rodeiam (FERRAJOLI, 2002).

Ressalta-se mais uma vez a importância do sistema garantista, haja vista que vai muito além de um sistema normativo, pois abrange também um sistema realista, de nada adianta normas válidas e vigentes se não são eficazes. Ferrajoli fundamenta que:

[...] uma teoria garantista do direito penal ao mesmo tempo normativa e realista: referida ao funcionamento efetivo do ordenamento, o qual se exprime nos seus níveis mais baixos, autoriza a revelar-lhe os lineamentos de validade e sobretudo invalidade; referida aos modelos normativos, os quais se exprimem nos seus níveis mais altos, é idônea a revelar-lhes o grau de efetividade e, sobretudo, de não efetividade (FERRAJOLI, 2002, p. 681).

Neste sentido, resta a dúvida sobre a efetividade das normas, se o Estado se disponibiliza à aplicação da norma de forma válida e efetiva, se com o seu *Jus Puniendi* (direito de punir) preserva todas as garantias elencadas pela Constituição Federal do Brasil é de grande importância que os direitos sejam efetivados e não apenas positivados.

2.3 O sistema garantista apresentado por Ferrajoli como limitador do poder punitivo estatal

Luigi Ferrajoli denomina o Sistema Garantista, como cognitivo ou de legalidade estrita, sendo um modelo limite e não completamente satisfazível, e sim tendencialmente. Sendo assim, o autor elenca axiomas garantistas, que são valores normativos. Assim segue:

A1- Nulla poena sine crimine; A2-Nullum crimen sine lege;A3- Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4- Nulla necessitas sine injuria; A5-Nulla injuria sine actione; A6-Nulla actio sine culpa; A7- Nulla culpa sine iudicio; A8- Nullum iudicium sine accusatione; A9- Nulla accusatio sine probatione, A10- Nulla probation sine defensione (FERRAJOLI, 2002, p.75).

Estes princípios, em latim, acima citados foram denominados os principais princípios de garantias abordados pelo autor Ferrajoli, que são os 10 (dez) princípios do modelo garantista:

1) Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoa; 7) princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p.75).

Estes dez princípios definem o modelo garantista de direito ou até mesmo de responsabilidade penal, sendo fundamental ao direito penal. Destaca-se que foram elaborados pelo pensamento jusnaturalista nos séculos XVII e XVIII, para serem princípios políticos, morais ou naturais de limitações do poder penal estatal (FERRAJOLI, 2002).

Tem-se o conhecimento de que estes princípios estão codificados no ordenamento jurídico, pois o Brasil é um Estado democrático e de direito. Como já citado em outro momento, a Constituição Federal Brasileira de 1988:

[...] é reputada como garantista e cidadã, por frisar a importância de tais princípios, elencando-os de forma a irradiar sua carga valorativa a todo ordenamento jurídico, bem como deferindo-lhes aplicações imediata e obrigatória, caráter de cláusula pética e por possuir origem nos direitos humanos mundiais (MACHADO, 2016, p. 47).

Diante disto, verifica-se que dentro de normas codificadas existem garantias à pessoa que está sendo processada por um delito e a proteção para a pessoa que já foi condenada, tendo em vista os princípios penais e processuais do ordenamento jurídico brasileiro, que são abordados pelo sistema garantista.

No primeiro capítulo da segunda parte da obra “Vigiar e Punir” de Michel Foucault, o autor descreve que as penas devem ser “moderadas e proporcionais aos delitos”, assim, é possível perceber o cuidado em relação à proporcionalidade da pena, uma vez que penalizar um ser humano tem como sentido a sua recuperação e não uma vingança penal (FOUCAULT, 2009, p. 71). Desta forma expõe:

O protesto contra os suplícios² é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o cruel prazer de punir (FOUCAULT, 2009, p. 71).

Conforme foi elucidado é possível verificar a repulsa pela punição como forma de vingança, limita-se assim, o poder punitivo estatal para que não haja abuso e para que os princípios axiológicos sejam respeitados em prol daquele que está sob a tutela do Estado.

Beccaria, na obra “Dos delitos e das penas” faz crítica às leis criadas, segundo ele:

Consultemos a história e veremos que as leis que são ou deveriam ser pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram da necessidade fortuita e passageira; jamais foram elas ditadas por um frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: a máxima felicidade compartilhada pela maioria (BECCARIA, 2005, p. 40).

Desta feita, surge a problemática de que as normas deveriam ter como base a natureza humana, pois, o fim seria a paz social, se o Brasil é um país democrático e de direito, nada mais justo a preservação dos princípios constitucionais, no caso em específico, do modelo garantista.

A sustentação do Estado depende de uma ordem social, mas antes de abordar o que turba a sociedade seria necessário verificar o que consiste tal ordem. Jean Paul Marat reafirma o pacto que há entre os membros de uma sociedade, consoante o autor:

[...] de tal modo que, examinando os laços da sociedade, é preciso admitir um pacto entre seus membros. Direitos iguais, vantagens recíprocas, socorros mútuos: eis aqui quais devem ser seus fundamentos. Liberdade, justiça, paz, concórdia, felicidade: eis aqui quais devem ser seus frutos. Contudo, quando consulto o histórico dos povos, tirania de um lado e servidão do outro são as únicas coisas que, sob todas as formas possíveis, se apresentam ante meus olhos. É verdade, dirá alguém. Mas depois da invasão, o poder se tornou legítimo e o direito sucedeu a violência (MARAT, 2008, p. 72).

²O suplício é uma punição corporal; um sofrimento físico intenso provocado por crueldade; uma dor ou um sofrimento violento, físico, psíquico ou moral; o que se inflige a alguém para lhe arrancar alguma confissão. (HOUAISS, 2004).

No Brasil já é difícil a preservação dos direitos constitucionais dos indivíduos considerados livres, sendo assim, o que resta então aos direitos daqueles que estão sendo processados ou até mesmo que venham a ser condenados? Restam apenas direitos e deveres que necessitam de eficácia jurídica.

2.4 O Estado democrático de direito e o processo penal brasileiro

O Brasil é um Estado democrático de direito, conforme expresso na própria Constituição Federal do País, especificamente em seu artigo 1º, o qual elucida: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 1988)

Com isso prevalece a liberdade e as garantias individuais frente ao sistema punitivo, pois a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição Federal Brasileira, a qual deve ser preservada juntamente com os direitos sociais, visando à forma de justiça concreta e não uma vingança mascarada de Justiça.

Miguel Reale Júnior jurista brasileiro assevera em seu livro “Instituições de Direito Penal” que:

A constituição em um Estado Democrático de Direito se de um lado consagra direitos fundamentais e estabelece limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo frente ao Estado, por outras diretrizes, com a finalidade de promover valores e ações de cunho social (REALE JÚNIOR, 2004, p. 27).

Conforme demonstrado pelo jurista acima mencionado, os princípios constitucionais de direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal elenca são de grande importância, pois por meio destes é que o poder punitivo do Estado se limita, para não haver punições que ultrapassem aos limites da legislação brasileira.

Ressalta-se que a sociedade atual é fruto do Iluminismo e da Revolução Francesa, existindo assim, um direito penal moderno com o intuito de preservação da natureza humana, baseada em princípios que devam ser seguidos. O Estado democrático de direito surgiu por meio de uma evolução histórica, com uma nova forma política e uma nova lei de vida (FERRAJOLI, 2002).

Neste sentido ensina o desembargador José Lisboa da Gama Malcher:

Nos Estados democráticos o direito de punir está limitado, no exercício e na forma de sua exteriorização, pelas normas jurídicas; e só jurisdicionalmente pode ser exercido, pois a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos individuais concernentes à vida, à segurança, à propriedade e à liberdade; e para tal afirma que: qualquer lesão a

esses direitos não pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. Assim o conflito Penal, que tem de um lado o Estado e de outro o indivíduo, deve ser conhecido e decidido por um órgão a quem caiba por definição constitucional, e privativamente, a função jurisdicional (MALCHER, 2002, p. 03).

Pode-se observar mais uma vez a limitação do poder estatal tendo em vista o Estado democrático de direito, pois este é regido por normas, assegurando a não violação dos direitos garantidos às pessoas humanas.

O primeiro questionamento relacionado ao tópico disposto seria em relação à existência do processo penal, por que existe e por que ele é preciso, ou ainda melhor, processo penal para quê (quem)? A resposta explanaria a interpretação e aplicação das normas processuais penais, buscando um paradigma brasileiro de leitura acerca do tema, por meio da leitura constitucional, tendo o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais (LOPES JUNIOR, 2016).

O processo penal é fundamental em um Estado democrático de direito, por ser uma garantia constitucional, conforme apresenta a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com isso, é inadmissível ao Direito Brasileiro, privar a liberdade de alguém ou até mesmo acusar o indivíduo sem observar o devido processo legal (BRASIL, 1988).

Antigamente, o conflito da sociedade era baseado pelo direito positivo e o direito natural; nos dias atuais, com a recepção dos direitos naturais pelas constituições democráticas, surge o desafio de dar eficácia aos direitos fundamentais, logo, isso ocorre como procedimento do processo penal. Desta forma, o processo penal precisa ser aplicado de acordo com o Estado democrático de direito (LOPES JUNIOR, 2016).

Tem-se em vista que o Estado brasileiro possui a titularidade exclusiva do *jus puniendi* (direito de punir), neste sentido, se existe uma violação da norma penal, somente o Estado tem o direito e ao mesmo tempo obrigação de aplicar a sanção previamente estabelecida, “[...] investigar e punir o transgressor da norma, como forma de proteger a sociedade, e principalmente, aquele que está sendo acusado” (ARAGONESE, 1984, p.7).

Aury Lopes Junior em seu livro “Fundamentos do processo penal” aponta o autor James Goldschmidt, o qual fundamenta que:

[...] uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo (LOPES JUNIOR, 2016, p. 02).

Assim, fundamenta-se que é por meio da interpretação da Constituição Federal que se pode compreender o fundamento do processo penal, como um sistema democrático.

Assim sendo entender que o processo penal existe para garantir direitos ao acusado é uma forma de efetivar os direitos fundamentais do cidadão, sendo proibida a aplicação de penas que sejam contrárias à dignidade da pessoa humana.

3. O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

3.1 Evolução histórica

Desde os primórdios a sociedade procura a resolução de seus conflitos por meio de convicções e dogmas. Para isso, com o intuito de garantir a liberdade e preservar o bem comum da coletividade estruturou-se um sistema com o objetivo de assegurar a justiça, formulando assim, um ordenamento jurídico penal, com normas de condutas e sanções ao possível infrator.

Para compreender o direito de punir estatal será necessário a realização de estudo acerca do direito repressivo de outros períodos da civilização até o direito penal vigente. É de grande importância os estudos da história do direito penal, pois facilita um melhor conhecimento do direito vigente. Assim demonstra Cezar Roberto Bitencourt:

A importância do conhecimento histórico de qualquer ramo do Direito facilita inclusive a exegese, que necessita ser contextualizada, uma vez que a conotação que o Direito Penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos (BITENCOURT, 2016, p. 60).

Ressalta-se a importância do estudo da história do direito, já que foi fundamental para a estruturação do direito penal vigente, tendo em vista que só assim, será possível uma compreensão acerca da punição atual e como foram formadas as concepções do direito de punir estatal, além de todos os requisitos que rodeiam o *ius puniendi* (direito de punir) do Estado.

A evolução histórica do direito penal está vinculada ao poder punitivo do Estado, haja vista que o poder de punir é o exercício da materialidade do direito penal, ou seja, daquilo que está codificado, sendo a punição intrínseca ao ordenamento jurídico brasileiro.

Para entrar no histórico da pena será realizada breve explicação sobre a origem do universo, já que a criação do universo ainda é um completo mistério, pois, existem diversas teorias que tentam defini-lo, porém, duas grandes teorias se destacam: A do criacionismo (religião) e a do evolucionismo (científica), ambas partem do nada (FERREIRA, 2004). Segundo o autor:

Para a primeira, Deus teria feito o mundo em sete dias. De acordo com a segunda, os gases existentes no universo se aglutinaram e provocaram uma enorme explosão, pedaços de matéria voaram para todos os cantos do universo. Alguns desses pedaços de matéria voaram para todos os cantos do universo. Alguns desses pedaços formaram o sistema solar e um deles, especificamente, a Terra. Com o passar de bilhões de anos sobre a Terra nasceu uma primeira forma de vida, uma bactéria e depois desta, outra e outra e assim foram surgindo as espécies que integram o reino vegetal e o animal, até que o mundo chegasse exatamente ao que é hoje (FERREIRA, 2004. p. 05).

Então, explicada a origem do universo, a partir dessas duas teorias, surge o questionamento do momento em que surgiu a pena. Para os que são adeptos a teoria criacionista a pena nasceu quando Eva, estando proibida por Deus e cedendo à tentação da serpente, resolveu comer determinado fruto, tudo com a participação de Adão, assim, foram punidos e obrigados a deixar o paraíso (FERREIRA, 2004).

Já os que acreditam na teoria evolucionista, tem-se o entendimento de que a pena surgiu quando os primatas contra-atacaram uns aos outros, sendo um ato de defesa, que levou à primeira punição, com isso, a primeira pena nasce como uma forma de retribuição pelo mal praticado, nada mais do que uma vingança (FERREIRA, 2004).

Destaca-se que vingança não é o sinônimo de justiça penal, todavia, desde o início das civilizações, o povo utilizava-se da pena como uma forma de punição a quem viola-se algum interesse pessoal.

Segundo Cesare Beccaria em sua obra “Dos Delitos e das Penas” as penas se originaram pelo cansaço dos homens, pois esses viviam em constantes guerras, além de viverem em uma liberdade incerta e inútil (BECCARIA, 2005). Acerca disso elucida:

As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade (BECCARIA, 2005, p. 41).

A aplicação de penas aos seres humanos passou por três períodos como evolução do direito penal, assim expõe Cézaro Roberto Bitencourt, eis que este autor adota a tríplice divisão: vingança privada, vingança divina e vingança pública, todas elas profundamente marcadas por forte sentimento religioso (BITENCOURT, 2016).

3.2 Vingança privada

O período da vingança privada deu origem à primeira modalidade de pena, eis que aqui tinha um único fundamento que era a retribuição do mal. Essa vingança podia ser exercida por parentes ou grupo social e não apenas por quem havia sofrido o mal (GRECO, 2011).

Assim Rogério Greco fundamenta sobre a vingança privada:

A primeira modalidade de pena foi consequência, basicamente, da chamada vingança privada. O único fundamento da vingança era pura e simples retribuição a alguém pelo mal que havia praticado. Essa vingança podia ser exercida não somente por

aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido (GRECO, 2011, p. 126).

Essa fase é uma das mais primitivas da história da pena. A punição decorre da própria vingança, um ato instintivo de defesa que não resguardava nenhum direito ao penalizado, valia a lei do mais forte, o delinquente poderia ser morto, escravizado ou até mesmo banido. Verificase que a pena ultrapassava ao infrator (FERREIRA, 2004).

Esta modalidade de pena não perdurou por muito tempo, ficou a cargo da evolução amenizar a voracidade de tal penalização. Nasce então a Lei de Talião e, depois, a composição. Aquela também levava a absurdos inomináveis “O olho por olho, dente por dente, determinava a morte do filho inocente quando seu pai, abatendo uma árvore, provocasse a morte de uma criança que por ali brincasse imprudentemente” (LYRA, 1975, p. 06). Ou seja, se alguém matasse o filho de outrem, o seu filho também seria morto. Destaca-se o Código de Hammurabi:

Segundo o Código de Hammurabi se alguém tirar um olho de outro, perderá o seu igualmente: se alguém quebrar um osso do outro, partir-se-lhe-á um também; se o mestre de obras não construiu solidamente a casa e esta, caindo, mata o proprietário, será morto o filho do construtor (LYRA, 1975, p. 13).

Esta composição, também tinha muito de iniquidade. Os crimes mais horrendos poderiam ser reparados pecuniariamente, desde que o infrator indenizasse a vítima pelo mal causado (FERREIRA, 2004).

A partir daí então a pena passou a ser individualizada, agora a pena recaindo apenas ao delinquente e não mais ao grupo social ao qual ele pertencia, ou à família dele, havia uma composição, que seria para evitar as atrocidades, porém, continuava desumana e cruel.

3.3 Vingança divina

Esta fase resultou de grande influência da religião, tendo como princípio a satisfação da divindade que foi ofendida pelo crime. Aqui pune-se com rigor e crueldade, pois o castigo deve estar com a grandeza do Deus ofendido. O direito penal aqui era concebido à repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social (BITENCOURT, 2016).

A punição nesta fase existia para aplacar a ira divina e regenerar ou purificar a alma do delinquente, para que assim, a paz na terra fosse mantida, um direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. A legislação que vigorava nessa época era o Código de Manu (Século. XI a.C) (FERREIRA, 2004).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação. Pode-se destacar como legislação típica dessa fase o Código de Manu, embora legislações com essas características tenham sido adotadas no Egito (Cinco livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia (BITENCOURT, 2016, p. 61).

Neste período da vingança divina existia o direito de castigar, pois acreditava-se que o crime era uma ofensa às leis divinas, conforme segue:

O direito de castigar era o resultado de um desrespeito à lei divina ou a um direito eterno, sendo que o crime representava uma ofensa contra Deus e também contra a sociedade. A intolerância religiosa era manifestada pelos meios que o direito penal oferecia (BEM; MARTINELLI, 2016, p.³).

Durante o período da vingança divina a humanidade vivendo sob este fundamento filosófico passou por muita maldade, sofriam com monstruosidades e iniquidades em nome de Deus.

3.4 Vingança pública

A vingança realizada pelo particular, ou pelo grupo, a vingança feita em nome de Deus, com requintes de crueldade e sem qualquer critério de justiça levou o Estado a atrair para si a responsabilidade pelo direito punitivo. O Estado estava tornando-se fraco e vulnerável, pois a punição não atendia aos seus interesses (FERREIRA, 2004).

Com o passar do tempo os números de infratores só aumentavam, as populações ficavam cada vez mais deformadas, por conta das punições que haviam, e as comunidades acabavam perdendo seus membros. Mesmo com a evolução da composição, onde o infrator comprava sua liberdade, o Estado resolveu criar uma nova organização, afastou-se então a vingança privada, e assumiu o poder, o dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo assim a vingança pública (BITENCOURT, 2016). Vejamos:

A primeira finalidade reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda que dominada pela crueldade e desumanidade, características do direito criminal da época. Mantinha-se ainda influência do aspecto religioso, com o qual o Estado justificava a proteção do Soberano. Finalmente, superando as fases da vingança divina e da vingança privada, chegou-se à vingança pública (BITENCOURT, 2016. p. 61).

³ Trecho extraído do Livro da Biblioteca Digital da Saraiva e o mesmo não possui página.

Neste sentido, a pena passou a ser regulamentada e aplicada pelo ente soberano, de acordo com seus interesses, a violência da penalização não modificou muito, pois, ainda se mantinha o talião, a composição e a vindita (reparação de uma ofensa). A diferenciação era que não era mais a critério da vontade do ofendido e sim do ente estatal, assim segue:

O surgimento do Estado contribuiu decisivamente para uma mudança de enfoque. É dizer, o poder público, em nome da convivência pacífica de seus cidadãos, colocou-se acima dos grupos familiares e retira dos particulares o exercício do direito de punir, transferindo-o a um representante imparcial e equidistante das pessoas diretamente envolvidas no conflito (ESTEFAM, 2016, p. 4).

Contudo, o Estado desde a Idade Antiga até muito próximo do fim da Idade Moderna e princípios da Idade Contemporânea, utilizou-se de medidas cruéis, como forma de penalização. “Vivia-se o direito penal do terror” (ESTEFAM, 2016, p. 04).

No final do século XVIII instituiu-se a ideia de humanização das penas e a busca por justiça, tendo em vista que o que vinha acontecendo não trazia bons reflexos à sociedade, André Estefam elucida sobre o tema:

No final do século XVIII, sobretudo a partir da publicação do pequeno grande livro, isto é, da obra magistral de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, intitulada *Dos Delitos e das Penas* (1764), incutiu-se no pensamento filosófico do Direito Penal a ideia de humanização e busca por Justiça. O autor postulava a distribuição da máxima felicidade dividida pelo maior número e advertia, com propriedade, que: um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade (ESTEFAM, 2016, p.5).

No Brasil, o primeiro reflexo de ideais humanitários de Beccaria surgiu no Código Criminal de 1830, sendo que a parte geral se dividia em duas, a primeira era intitulada como *Dos delitos* e a segunda *Das penas* (ESTEFAM, 2016).

3.5 O direito de punir do Estado

Conforme abordado na evolução histórica foi possível notar que o direito de punir nasceu juntamente com a formação do Estado, considerando que anteriormente qualquer indivíduo tinha o direito de se defender e também de atacar. O direito de punir nasce então do estabelecimento de penalidades, conseqüentemente, a aplicação de uma sanção nada mais é do que uma consequência para quem infringe o ordenamento jurídico imposto.

Tendo em vista a relação direta do direito de punir com a formação do Estado, destaca-se a importância de mencionar concepções acerca da definição deste. A definição de Estado é ampla e complexa, e por isso no presente estudo não será detalhada toda a sua estruturação,

sendo necessário apenas abordar os pontos relevantes e fundamentais para a compreensão do direito de punir.

Nesta linha de raciocínio sobre a formação do Estado, o filósofo Thomas Hobbes expõe em sua obra “Leviatã” sobre o desenvolvimento do Estado moderno, e segundo ele, a humanidade possui sua história, a qual se divide em duas partes: antes e após o pacto social (HOBBS, 2003).

Mas o que seria esse pacto social? Para exemplificar melhor a questão faz-se mister destacar a obra do “Contrato Social” de Jean Jacques Rousseau, onde ele descreve o nascimento do pacto social, o qual foi celebrado entre os cidadãos de determinada sociedade e o Estado, com o intuito de seguridade, bem-estar e a paz social de toda a comunidade. Neste contrato, os indivíduos abrem mão de parte de sua liberdade e se submetem às suas próprias leis, com a finalidade de uma ordem social, prevalecendo a soberania política e a vontade coletiva (ROUSSEAU, 2002).

A vontade geral é indestrutível. Enquanto muitos homens reunidos se consideram como um só corpo, sua vontade é uma, a conservação comum e o bem de todos; as molas do Estado são vigorosas e simples, seus ditames, claros e luminosos, não há interesses intrincados e contraditórios, evidente se mostra em toda a parte o bem comum, e para conhecê-lo basta o bom senso (ROUSSEAU, 2002, p. 99).

Observa-se que concentração da marginalização é preservada por meio de um controle social, assim, o Estado delimita a conduta dos indivíduos, para estabelecer um controle social. Neste sentido, fundamenta Munõz Conde (Derecho Penal y control social) que o controle social determina “[...] os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, simultaneamente, instrumento de socialização de seus membros. É inimaginável uma sociedade sem controle social” (MUNÕZ CONDE, 1985, apud QUEIROZ, 2005, p. 12).

Nesta lógica, o motivo para o nascimento do Estado moderno, segundo Thomas Hobbes seria a manutenção da sociedade para um equilíbrio social, mesmo que os indivíduos tenham abdicado de parte de sua liberdade. Assim expõe:

Considera-se que uma república tenha sido instituída quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles ou seja, de ser o seu representante, todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem os seus próprios atos e decisões a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos demais homens (HOBBS, 2003, p.148-149).

Verifica-se a necessidade da humanidade em pactuar uns com os outros, para que um ente soberano fique responsável pela paz social, impondo penalidades aos que contrariarem a

ordem estatal, surgindo assim, o Estado penal, o qual irá exercer um corpo disciplinador e orientador para atender aos anseios e garantir toda a segurança da sociedade.

No entanto, é necessário destacar que, para Thomas Hobbes, o direito de punir não nasceu com o pacto social e sim com o estado de natureza, “[...] pois no momento em que todos resolveram resignar seu direito a todas as coisas, renunciaram também a esse direito, mas o soberano, como não participa do pacto, permaneceu com seu direito intacto” (HOBBS, 2012, p.122). Desta maneira, o Estado por não participar do pacto social apenas continuou com o poder de punir, já os demais indivíduos da sociedade abriram mão do direito natural e consequentemente também do direito de punir.

Porém, por mais que o Estado seja soberano e possua a legitimidade de impor punições, este deve respeitar e atingir as finalidades do contrato social, senão vejamos:

[...] antes da instituição da república, cada um tinha direito a todas as coisas, e a fazer o que considerasse necessário para a sua própria preservação, podendo com esse fim subjugar, ferir ou manter qualquer um. E este é o fundamento daquele direito de punir que é exercido em todas as repúblicas. Porque não foram os súditos que deram ao soberano esse direito; simplesmente, ao renunciarem ao seu, reforçaram o uso que ele pode fazer do seu próprio, da maneira que achar melhor, para a preservação de todos eles. De modo que o direito de punir não foi dado ao soberano, foi-lhe deixado, e apenas a ele; e tão pleno (com exceção dos limites estabelecidos pela lei natural) como na condição de simples natureza ou de guerra de cada um contra seu próximo (HOBBS, 2003, p.263).

Segundo o pensamento de Hobbes o direito de punir fundamenta-se no estado de natureza, o que não significa que ocorrerá de forma arbitrária, uma vez que a aplicação da pena ocorrerá apenas de acordo com a lei, ou melhor, mesmo sendo aplicada pelo ente soberano (Estado Civil), deverá ter como finalidade o bem comum:

O direito de punir tem sua origem no estado de natureza; seu fundamento está na renúncia mútua dos súditos ao direito a todas as coisas no pacto, mas apenas poderá ser exercido conforme a lei e no Estado Civil. Hobbes, para tanto, instituiu a positividade das leis, para definir e permitir o exercício do direito de punir no interior do Estado Civil de forma lícita e legítima (HOBBS, 2012, p. 131).

De acordo com Thomas Hobbes, a humanidade antes do pacto social vivia em um estado de natureza, o qual era regido pelo direito natural, com isso os poderes eram utilizados de forma livre, cada um preservava a própria existência. Porém, a liberdade de cada um utilizar o seu próprio poder levava os homens a um estado de guerra, já que a humanidade sempre foi movida por paixões, conforme segue:

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *Jus Naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e consequentemente de fazer

tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios mais adequados a esse fim (HOBBS, 2003, p.112).

Em outra vertente está John Locke que aborda o estado de natureza em sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil” como uma condição de absoluta liberdade, desde que seja dentro dos limites do direito natural, consoante o autor:

[...] um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade. Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, serem criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns de natureza e do uso das mesmas faculdade, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano (LOCKE, 2001, p.36).

Conforme Locke, o Estado natural não se caracteriza com guerras e sim de igualdades entre os cidadãos, garantindo direito e impondo deveres, com obrigações de amor ao próximo e preceituando assim o sentimento de justiça. Porém, mesmo sendo um Estado de liberdade não significa que tudo é permitido, de acordo com o autor:

[...] ainda que se tratasse de um estado de liberdade, este não é um estado de permissividade: o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não deixa de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação (LOCKE, 2001 p.36)

É de grande importância mencionar que o filósofo John Locke apresenta um estado de natureza e um estado de guerra, enquanto Hobbes elucida que o estado de natureza é essencialmente um estado de guerra, pois um seria consequência do outro, assim Locke expõe:

O estado de natureza é contrastado com a sociedade civil, da qual difere pela falta de um juiz comum com autoridade, mas o estado de natureza não é, como em Hobbes, essencialmente um estado de guerra. A característica de um estado de guerra é a força, ou uma intenção declarada de força sobre a pessoa do outro, em que não há um superior comum na terra a quem pedir socorro. Mas Locke não imaginou o estado de natureza como sendo uma espécie de paraíso, e de fato a guerra poderia prevalecer nele (LOCKE, 2001, p. 07).

O estado de natureza para Locke seria a condição natural dos indivíduos, um estado em que são absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir autorização de nenhuma outra pessoa e nem depender da vontade de alguém. Já o estado de guerra é um estado de

inimizade e de destruição, em que uma pessoa detém força ou intenção sobre outra, não havendo superior para socorrer (LOCKE, 2001).

O Estado civil para Locke é a sociedade civil que surge a partir do momento em que os indivíduos abdicam do seu direito natural que abrange o direito de punir passando ao soberano (Estado) com intuito de preservar a humanidade, nesta significação:

E assim a comunidade social adquire o poder de estabelecer a punição merecida em correspondência a cada infração cometida entre os membros daquela sociedade, que é o poder de fazer leis, assim como também o poder de unir qualquer dano praticado a um de seus membros por qualquer um que a ela não pertença, que é o poder de guerra e de paz; ela o exerce para preservar, na medida do possível, os bens de todos aqueles que fazem parte daquela sociedade. Cada vez que um homem entra na sociedade civil e se torna membro de uma comunidade civil, renuncia a seu poder de punir ofensas contra a lei de natureza na realização de seu próprio julgamento particular, mas tendo delegado ao legislativo o julgamento de todas as ofensas que podem apelar ao magistrado, delegou também à comunidade civil o direito de requerer sua força pessoal, sempre que quiser, para a execução dos julgamentos da comunidade civil; que, na verdade, são seus próprios julgamentos, pois são feitos por ele ou por seu representante. Descobrimos aqui a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade civil, que é, julgar, através de leis estabelecidas, a que ponto as ofensas devem ser punidas quando cometidas na comunidade social, e também determinar por meio de julgamentos ocasionais fundamentados nas presentes circunstâncias do fato, a que ponto as injustiças de fora devem ser vingadas, em ambos os casos empregando a força de todos os membros sempre que for necessário (LOCKE, 2001, p. 58).

Deste modo, abordando as linhas de pensamentos dos filósofos Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau e John Locke, foi possível concluir que tutela estatal está evidenciada a partir do momento em que os seres humanos realizaram o pacto social, quando passaram o direito de punir ao Estado com o intuito da paz social.

Contudo ainda é possível verificar que mesmo que o estado de natureza e o estado de guerra se diferenciem entre Thomas Hobbes e John Locke, para ambos existe a necessidade da formação de um Estado, pois só assim há uma garantia e preservação de direitos.

3.5.1 O poder punitivo do Estado e o direito penal

Entretanto foi possível verificar que a violência esteve extremamente vinculada à penalização, de modo que todas as punições eram eivadas de monstruosidade, violência, desrespeito, ou seja, plena afronta à dignidade da pessoa humana. A partir da fase de vingança pública, o Estado passou a ser o titular exclusivo do poder punitivo, cabendo a ele julgar todos que violassem o ordenamento jurídico.

O Estado é responsável pela criação de regras básicas de comportamento para que a sociedade possa conviver em harmonia. O Brasil por ser um país democrático de direito, cria

direitos e também obrigações para que se tenha um controle social. Desta forma, surgem as normas de natureza penal, que são:

No que se diz respeito especificamente às normas de natureza penal, destaca-se o *ius puniendi*, que pode ser entendido tanto em sentido objetivo, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, e mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria normas de natureza penal, proibindo ou impondo determinado comportamento, sob a ameaça de uma sanção, como também em sentido subjetivo, quando esse mesmo Estado, através do seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal (GRECO, 2011, p.19).

Segundo Jean Paul Marat, não restam dúvidas que o Estado se fundou pela violência, e para que houvesse um controle foram elaboradas normas, com um único intuito, busca pela felicidade, este seria um fundamento legítimo de sociedade (MARAT, 2008). Neste ângulo:

Os homens não se reuniram apenas para seus interesses comuns; fizeram as leis para determinar seus respectivos direitos e não estabeleceram um governo mau para assegurar o gozo desses direitos. Se renunciam à sua própria vingança é porque a entregam ao poder público; se renunciam à liberdade natural é pra adquirir a liberdade civil; se renunciam à primitiva comunidade de bens é para possuir em propriedade alguma parte (MARAT, 2008, p. 75).

Há de se ressaltar que para a manutenção da sociedade é necessário respeitar a ordem estabelecida pelo Estado, porém, antes, deve-se satisfazer às necessidades dos indivíduos. Ou seja, para cobrar deveres é de fundamental importância conceder-lhes direitos.

O direito penal nasce justamente para limitar os indivíduos do cometimento de infrações, para que assim a ordem seja mantida, segundo Cezar Roberto Bitencourt:

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens (BITENCOURT, 2016, p. 02).

Ademais, Luiz Flávio Gomes também define direito penal como um mecanismo de controle da ordem social, de tal modo fundamenta:

[...] do ponto de vista social (dinâmico) o Direito penal é um dos instrumentos do controle social formal por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (as leis penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas ou medidas de segurança e outras consequências afins) as condutas desviadas ofensivas a bens jurídicos e nocivas para a convivência humana (atos puníveis-delitos e contravenções) (GOMES, 2004, p. 13.)

Desta forma, o Direito penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas, valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais, que

possuem a finalidade de tornar possível a convivência humana, observando rigorosos princípios de justiça (BITENCOURT, 2016).

Todavia, o direito penal também é um limitador do poder punitivo estatal, haja vista que possui o direito de punir instituindo infrações penais e sanções correspondentes, bem como regras à sua aplicação. Complementa Guilherme de Souza Nucci:

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa dos mais graves conflitos existentes, devendo ser utilizado como a última opção do legislador para fazer valer as regras legalmente impostas a toda comunidade, utilizando-se a pena como meio de sanção, bem como servindo igualmente para impor limites à atuação punitiva estatal, evitando abuso e intromissões indevidas na esfera de liberdade individual (NUCCI, 2014, p.51).

Voltamos à teoria do direito penal garantista que define a ideia de que cabe ao direito penal, por meio da pena, prevenir os delitos, que se identificam como ofensas aos bens jurídicos protegidos e prevenir uma relação selvagem contra aquele que cometeu a infração, ou a quem esteja ligado ao fato delituoso (FERRAJOLI, 2011).

Segundo Tatiana Viggiani Bicudo, doutora em filosofia e teoria geral de direito, o direito penal nasce como uma substituição da vingança, prevenindo assim o caráter vingativo das penas, de acordo com a autora:

O Direito Penal nasce, então, como negação da vingança virtualmente levada a efeito de pessoa a pessoa, como descontinuidade e em conflito com ela. A pena substitui historicamente a vingança, não com a finalidade de satisfazer melhor o direito de vingança, mas como modo de se prevenir reações de caráter vingativo. Surge o Direito Penal no momento em que a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação tríade, em que a autoridade judicial situa-se na posição de um termo médio imparcial (BICUDO, 2015, p.13).

No entanto, cabe salientar que mesmo o Estado sendo responsável pela punição dos indivíduos, as penas não deixaram de ser desumanas, assim segue:

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta um terrível superpoder (FOUCAULT, 2009, p.87).

O ordenamento jurídico está totalmente ligado ao poder soberano do Estado, posto que os seres humanos cederam parte de sua liberdade para que o Estado se responsabilizasse pela ordem social e conseqüentemente passasse a exercer o direito de punir, assim expõe Beccaria:

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas

pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir (BECCARIA, 2005. p.43).

O autor Cesare Beccaria explica o instituto o *ius puniendi* (Direito de punir) demonstrando a origem das penas e descrevendo a ideia do que seria o próprio instituto. Conforme exemplificado acima, o direito de punir se fundamenta na necessidade do bem comum, na qual os indivíduos necessitam ceder uma parte de sua liberdade. Entretanto não deve haver abusos do Estado ao exercer este direito, pois geraria a ilegitimidade estatal (BECCARIA, 2005).

3.5.2 Da imposição da pena

Desde o início da história da humanidade, o crime surge como “[...] arraigamento da paixão do ser e como a sombra do corpo” (SUECKER, 2013, p. 63). Ainda que houvesse um direito posto, que era o direito natural, havia a necessidade da imposição de uma pena, para limitar os indivíduos da desordem.

A figura do Estado permite que as sanções não sejam aplicadas como forma de vingança pessoal, porém, surge um questionamento, se a pena se fundaria em preservação da humanidade ou opressão de dignidade pessoal.

O autor Wienfried Hassemer explica que “com efeito, o leviatã foi sempre uma figura de duas caras: o sustento e, ao mesmo tempo, a ameaça. Numa palavra, o sustento perigoso. Os direitos fundamentais servem para colocar grilhões e este leviatã, para confinar o seu âmbito” (HASSEMER, 2006, p. 72).

Consoante Beccaria, a pena serve como limitador à violação dos direitos fundamentais do sentenciado ou do preso provisório. Segundo uma ótica de prevenção social, a pena tem como finalidade a ressocialização do que cometeu a infração (BECCARIA, 2005).

Contudo, se faz necessário ressaltar o princípio da intervenção mínima do direito penal e da limitação da violência penal institucional, esclarecendo-se que o Estado deve tutelar de forma que não permita critérios irracionais, observando sempre a proibição do excesso punitivo e a racionalidade da pena, sem a interferência das paixões da maioria (SUECKER, 2013).

Ora, se o Estado deixasse as interferências das paixões influenciarem no momento da aplicação da pena, voltaríamos ao estado natural, em que os instintos humanos eram responsáveis pelas penalizações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível vislumbrar ao longo do trabalho, o direito de liberdade é um sentimento inerente ao ser humano. Neste sentido, o Estado é responsável pela garantia deste bem jurídico, não podendo tutelar com arbitrariedade.

O garantismo penal foi abordado para enfatizar as garantias de racionalidade e a aplicação da pena em um Estado democrático de direito. Percebe-se que, após a implementação da Constituição Federal Brasileira de 1988, o Brasil passou a garantir direito e implementar deveres para que a sociedade pudesse desfrutar de uma paz social.

Conforme o estudo empreendido, nota-se que o Luigi Ferrajoli elenca 10 (dez) princípios que devem reger o direito penal, princípios estes que são fundamentais para a efetivação do modelo garantista e que já estão elencados no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste contexto, o direito penal e o processo penal não devem ser utilizados pelo Estado como forma de vingança e sim para a ressocialização do indivíduo que infringiu o ordenamento jurídico. A proteção àquele que está sendo acusado de um delito ou que já foi condenado deve iniciar no momento em que surge a suspeita, pois é necessário todo um procedimento probatório para poder restringir os direitos e aplicar a devida pena.

Destaca-se que diante do estudo foi elucidado a realização do contrato social em que o Estado passou a tutelar os direitos naturais dos cidadãos, com o objetivo de manter a ordem social.

Desta forma, o Estado como *ius puniendi* (direito de punir), ao impor sanções aos indivíduos que infringiram o ordenamento jurídico deverá ter como base a legalidade, garantindo todos os direitos aos que em algum momento da vida foram levados a cometer delitos.

Portanto, deve-se atentar para o fato de que o direito de punir deve ser exercido pelo Estado de forma totalmente vinculada às leis. Assim, ao mesmo tempo em que nosso ordenamento jurídico dá ao Estado o direito de punir, também limita esse direito, que só pode ser exercido nas condições e limites estabelecidos nas normas penais e processuais penais.

É de grande importância o presente estudo, pois estamos diante de um Estado que tem a legitimidade para aplicar sanções, porém, não garante os mínimos direitos que a Constituição Federal prevê, e é por este motivo que a criminalidade vem aumentando.

A sociedade evoluiu e neste sentido não se admite mais as penalizações com caráter vingativo, haja vista que as punições existem para um controle social a fim de que o cidadão seja reintegrado à sociedade e não venha a cometer novos delitos.

O que percebe-se é que a sociedade passou por uma evolução histórica da pena, porém, o sentimento de vingança está intrínseco no ser humano, sendo o dever do Estado impedir que ocorra qualquer penalização por parte da sociedade, uma vez que cabe só a ele penalizar, evitando assim um estado de guerra.

O direito de punir em um Estado democrático de direito deve seguir a linha dos direitos fundamentais, limitando-se a eles. É necessária a efetivação dos princípios constitucionais para a correta sanção dos crimes.

Contudo, considerando que o direito de punir tem entre as suas possibilidades a restrição da liberdade, é de grande importância enfatizar que esta restrição só poderá ocorrer se tiver como objetivo a reinserção do cidadão de forma adequada à sociedade, embora se possa dizer que trata-se de um contrassenso, uma vez que se retira a liberdade para ensinar a pessoa a viver com ela ou nela.

O ponto elementar é que o direito de punir só tem finalidade se estabelecido em favor da sociedade e em benefício do próprio sentenciado, ou não teria função que não fosse a vingança, teoria que é afastada no Estado democrático de direito.

Por fim, todos os seres humanos têm direitos as garantias fundamentais, seja quem for, e principalmente os que não tem voz para o Estado, como os suspeitos, acusados, sentenciados e detentos, estes também são cidadãos, possuem direitos, direitos estes que são diariamente violados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina de. **Verso e Reverso do Controle Penal (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**: homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

ARAGONESES, Pedro Alonso. **Instituciones de derecho procesal penal**. 5. ed, Madri: editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. V.1.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 14 jun. 2017.

BRITO, Laura Souza Lima e. **Liberdade e Direitos Humanos**: um estudo sobre a fundamentação jusfilosófica de sua universalidade. 2010. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em:
<file:///C:/Users/daiis/Downloads/Laura_Souza_Lima_e_Brito_Dissertacao_de_Mestrado_versao.pdf> Acesso em: 16 jun. 2017.

BUENO, José Isaque. **Liberdade e Ética em Jean Paul Sartre**. 2007. 117f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em:
<<http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/3494/1/000392133-Texto%2BCompleto-0.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. V.1.

FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. **A liberdade esquecida**: Fundamentos Ontológicos da Liberdade no pensamento Aristotélico. São Paulo: Loyola, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete, 36. ed, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento da validade do direito Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: Parte Geral**. Introdução. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. V.1.

GRECO, Rogério, **Direitos Humanos, sistema prisional e as alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Wienfried. **Processo Penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Del Rey, 2006.

HECK, José. **A liberdade em Kant**. Porto Alegre: Movimento, 1983.

HOBBS, Thomas. **O direito de punir**. Ijuí, RS: Unijuí, 2012.

_____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Versão 1.0. São Paulo, SP: Inst. Antônio Houaiss/Objetiva, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 5. ed. Trad. Afonso Bertagnoli. São Paulo: Brasil editora S.A, 1959.

_____. **Sobre a expressão corrente**: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa:70ª. ed. 1988.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduções de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela e Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

LOPES, Jecson Girão. Thomas Hobbes, A necessidade da Criação do Estado. **Griot: Revista de Filosofia**, v.6, n.2, dez., p. 170-187, 2012. Disponível em: <
http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/12-THOMAS_HOBBS_-

[_A_NCESSIDADE_DA_CRIACAO_DO_ESTADO-Jecson_Girao_Lopes.pdf](#). Acesso em: 15 Set. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2016.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. Rio de Janeiro: Konfino, 1975.

MACHADO, Bruna Sant'ana. **Garantismo penal**: uma abordagem constitucional de suas formas negativa e positiva à luz do duplo viés do princípio da proporcionalidade. Disponível em:

<<http://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1338/1/Bruna%20Sant%27ana%20Machado.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2017.

MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal**. 3. ed. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

MARAT, Jean Paul. **Plano de legislação criminal**. São Paulo: Quartier Latin Brasil, 2008.

MENDES, Fabiano. Verbetes "Liberdade". In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MONDIN, Battista. **O homem quem é ele?** São Paulo: Paulinas, 1986.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOVAES, Adauto. **O Avesso da liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade, **Revista Jurídica**, Dourados-MS, 2014, p. 119-129. jan./jun., 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral 2. ed. Revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: editora Forense, 2004.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SANCHEZ, Claudio José Palma; RANGEL, Roberto de Paula Avarenga. Violação dos Direitos Humanos no Período da Ditadura no Brasil: e a Comissão da Verdade. **Intertemas**, Disponível em:
<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3539/3294>>
Acesso em: 24 ago. 2017.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2001.

SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. Petrópolis: Vozes, 1997.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2002.

SOETARD, Michel. **Jean-Jacques Rousseau**. Trad. José Eustáquio Romão e Verone Lane. Recife: Massangana, 2010.

SUECKER, Bentina Heike Krause. **Pena como Retribuição e Retaliação**: o castigo no cárcere. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TREVIZAN, Thaita Campos; DIAS NETA, Bivar Soares. A liberdade sob a perspectiva de Kant: um elemento central da ideia de justiça. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v. 3, n.1, p.109-132, abr./set.2010.