

A PESSOA HUMANA SOB ASPECTOS HISTÓRICOS, POLÍTICOS E JURÍDICOS DOS MECANISMOS DE PUNIÇÃO NO BRASIL

THE HUMAN PERSON UNDER HISTORICAL, POLITICAL AND LEGAL ASPECTS OF BRAZIL'S PUNISHMENT MECHANISMS

Giliarde Benavinito Albuquerque Cavalcante
Virgulino Ribeiro Nascimento e Gama **1**
Maria Leonice da Silva Berezowski **2**
Francisco Gilson Rebouças Pôrto Júnior **3**

Mestre comunicacional e societário (PPGCOM, UFT), Aluno Esp. em **1**
Doutorado (EACH – USP; PROLAM – USP; PPGAS – UNICAMP), Especialista
em Criminologia, em Direito e Processo Penal, em Direito e Processo do Tra-
balho. Graduado em Direito (UFT). Professor de Direito (UNITINS, Campus
Paraíso).
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4525837393612907>.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8146-6811>.
E-mail: benavinito.gama@gmail.com

Doutora em Direito Privado (PUC-MG), Mestre em Empreendi- **2**
mentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social (Unimar – SP),
Graduada em Direito (UNIFIL), Professora Adjunta no curso de Direito (UFT).
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2954991255862597>.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7002-0558>.
E-mail: maria.leonice@mail.uft.edu.br

Doutor em Comunicação e Culturas Contemporâneas (FACOM, **3**
UFBA), Mestre em Educação (PPGE, UnB), Graduado em Comunicação So-
cial/Jornalismo (CEULP, ULBRA), Pedagogia (FE, UnB), Coordenador (OPAJE
e INFO, UFT), Professor (UFT).
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8025807807825011>.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5335-6428>.
E-mail: gilsonportouft@gmail.com

Resumo: Objetiva-se analisar o curso histórico, político e jurídico dos mecanismos de punição do Brasil de 1824 a 1988, explorando aspectos que lhe são íntimos e os cotejando com o Princípio da Dignidade Humana que se aprimora em estudos do jurista italiano Luigi Ferrajoli. A pesquisa otimiza a apropriação jurídica em prol do bem universal da dignidade impensável de negação, mas de tutela à natureza do ser humano. Para tanto, faz-se estudo de viés qualitativo, base bibliográfica e historiográfica, possibilitando conhecer e refletir crítica e reflexivamente todo o sistema punitivo brasileiro a partir da Constituição do Império do Brasil (1824) até a Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Confirma-se que a pessoa humana passou por diversas violações do status político-jurídico, mantendo-se estável em garantias e direitos no contemporâneo estágio do pensamento sócio-político-jurídico.

Palavras-chave: Direito Penal. Dignidade Humana. Garantismo Penal. Luigi Ferrajoli.

Abstract: The objective is to analyze the historical, political and legal course of Brazil's punishment mechanisms from 1824 to 1988, exploring aspects that are close to it, in comparison with the principle of human dignity that is improved in studies by the Italian jurist Luigi Ferrajoli. The research optimizes the legal appropriation for the universal good of the unthinkable dignity of denial, but of protection to the nature of the human being. To this end, a qualitative study is carried out, with a bibliographic and historiographical basis, making it possible to know and reflect critically and reflexively on the entire Brazilian punitive system from the Constitution of the Empire of Brazil (1824) to the Constitution of the Federative Republic of Brazil (1988). It was possible to confirm that the human person has gone through several violations of the political-legal status, remaining stable in guarantees in the contemporary stage of socio-political-legal thinking.

Keywords: Criminal Law. Human Dignity. Criminal Guarantees. Luigi Ferrajoli.

Introdução

É compreensível que a história humana se faz de períodos cheios de episódios, fatos, acontecimentos gerais e específicos, que registram a perenidade da vida e da transformação do mundo (MARX, 1983).

Refletir sobre o passado das instituições sociais ou dos setores político-sociais é profícuo a revelar as transformações do espaço-tempo-psicológico. Isso se faz possível por meio do poder provocado pelas ações humanas de volição, que emergem e refletem ideias que podem levar ao controle ou descontrole do poder de uso pelo homem (DINIZ, 2016; HAWKING, 2015; LE GOFF, 1990).

Nesta esteira, introduz-se os mecanismos de punição. Aos moldes em que se conhecem as prisões nos dias hodiernos da República Federativa do Brasil, é de consenso que o produto “ambiente prisional” sobrechega dotado de características de diferentes épocas históricas, políticas e sociais vivenciadas pelo povo brasileiro e experimentadas ao passar dos conjuntos fenomenológicos.

Por abstração do que é notório na história brasileira, o que se conhece atualmente do sistema prisional é produto confeccionado e ainda não acabado do exercício do poder, o que se irrompe no Brasil Colônia de Portugal e perdura até os anos atuais.

Visando compreender parcela do exercício de Poder do Estado sobre as instituições político-sociais, abordar-se-á o sistema prisional adotado pelo Brasil desde a Carta Política de 1824. Nessa oportunidade, conhecer-se-ão as situações que deram azo ao primeiro diploma constitucional ou político, ratificando características particulares do período de insurgência de movimentos pró-constituinte e separatista da colônia de Portugal na América do Sul. A isso, dar-se-á a devida abordagem na seção *“Aspectos históricos, políticos e jurídicos dos mecanismos de punição adotados pelo Brasil de 1824 a 1988”*.

Fluxo contínuo e em meados dos acontecimentos de 1824, dá-se a Carta Política que fora outorgada pela realza regente nas terras do Brasil colônia, apontando-se o nascimento das primeiras estruturas de um estado moderno. Hoje, a República Federativa do Brasil, independente e soberana. Pelo o estudo do período de vigência da Carta Política de 1824 a 1889, se conhece o pensamento punitivista e os mecanismos de punição elegidos ou adotados pelo Brasil à época, todos alinhavados a aspectos sociais, políticos e jurídicos da cultura daquele período.

Perfazendo a apresentação crítico-reflexiva de fatos histórico-políticos conhecidos para o nascimento da Carta Política de 1824 e para o impacto da norma no povo da Colônia, a ser destacado o avanço no campo dos direitos fundamentais (ainda que os prejuízos à efetividade das conquistas de alicerces humanos tenham sido marca dos direitos desta época), conhecer-se-ão diplomas jurídicos impulsionados pela primeira constituinte.

Chega-se, vencendo esse estágio inicial da história brasileira, ao Código Criminal de 1830, fruto da vida nacional autônoma pós-constituinte, das ideias liberais e da herança das ordenações afonsinas, manuelitas e filipinas (leis portuguesas a disciplinar o comportamento humano-social na Colônia até a primeira constituinte).

Seguindo o curso dos acontecimentos representativos, ter-se-á o estudo do Código Criminal de 1890 erguido oportunamente com a Primeira República e os novos anseios sociais suplantados pela sociedade de concepções liberais do século XIX.

Tempos mais tardes, rompe-se com a concepção de direito penal de ranços portugueses de períodos históricos poucos atentos à pessoa no sentido de garantir dignidade humana, bem como não preocupados à forma de tratamento dispensado a esta pela figura do Estado quer formal, quer materialmente. Fala-se, neste clarear de ideias, do Código Penal de 1940 que se assoma depois do estabelecimento das constituições de 1891 a 1934 e do Estado Novo.

A reflexão histórica com traços político-jurídicos ganha peso ao se chegar ao nascimento da Constituição de 1988, considerada a Carga Magna de caráter cidadã, vis-à-vis à larga carga de direitos e garantias fundamentais nunca antes assistidos na história jurídica do Brasil.

Pela particularidade do cenário humano, democrático e cidadão que irrompe a Constituição de 1988, é merecido conhecê-la, debatê-la e valorá-la em contraste com os períodos jurídico-culturais passados e influenciadores do estágio jurídico contemporâneo.

Tudo de proposição à investigação nas linhas anteriormente vem sob o cotejamento da dignidade da pessoa humana com contribuições transversais do Garantismo Penal em estudos do jurista italiano Luigi Ferrajoli, a fim de se harmonizar a Ordem Jurídica do Brasil ante possíveis desnaturações acríicas (juspositivamente) do sistema jurídico-positivo.

Desta forma, chega-se à seção *“A dignidade humana como força de fundamento e motricidade dos direitos e das garantias fundamentais”*, e, ao longo do curso da história jurídica brasileira ganham destaques os direitos e as garantias fundamentais.

Realização também da nova ordem constitucional de 1988, firmada na Dignidade da Pessoa Humana, é a recepção do Código Penal de 1940 e das leis esparsas que reafirmam novas qualidades da norma penal, tudo a ser conhecido na subseção *“Norma penal, Código Penal de 1940 à luz do Garantismo de Luigi Ferrajoli”*.

Nesse sentir, faz-se uma busca conceitual do que se tem por infração penal, discussão da subseção *“Infrações Penais”* que possui o fito de subsidiar a discussão envolvendo o desvalor de certas condutas humanas para o Direito Penal.

A discussão crítico-reflexiva estaciona na seção *“Privação da liberdade: garantias constitucionais e garantismo penal”*, onde é possível debater angularmente ao Garantismo Penal as garantias constitucionais sobrepostas à prisão para que esta ocorra dentro dos limites do Estado Democrático de Direito.

Portanto, o alcance do objetivado por este estudo se finaliza quando do conhecer crítico-reflexivo, por meio de abordagem qualitativa de cunho bibliográfico, histórico e político, do sistema prisional brasileiro da Carta Política de 1824 à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, identificando ou refutando o zelo ao Princípio da Dignidade Humana à luz do Garantismo de Luigi Ferrajoli e ao tempo presente de valoração da sociedade.

Aspectos Históricos, Políticos e Jurídicos dos Mecanismos de Punição Adotados pelo Brasil de 1824 a 1988

Toma-se por ponto inicial de uma detida análise dos mecanismos de punição adotados pela legislação brasileira, a Carta Política de 1824.

No cursar da discussão e da reflexão, visando por uma melhor interpretação e apropriação terminológicas, adotar-se-á de agora em diante a terminologia Carta Política em referência à Constituição de 1824, acolhida que se deve ao processo de outorga (não democrático) que lhe é característico, e, não de promulgação (democrático), como se assiste de roupagem na vigente constituinte.

Retratada Carta é o reflexo de uma época de nascimento das primeiras estruturas de estado independente que, por seu turno, impulsionou movimentos e construções que resultaram na atual forma de Estado do Brasil.

Neste momento, procura-se definir um ponto inicial de avaliação reflexiva dos mecanismos de punição aderidos pelo Brasil ao longo de sua própria história enquanto ente dotado de escopo jurídico por consequência da instituição de poderes estatais advindos de uma carta política imperial.

Em tempo, deve-se ratificar que não se pretende, neste título discursivo, exaurir a história que compreende todo o período datado de 1824 até os dias atuais, pois, em nuances, não passível de debate nesse espaço de limitada investigação.

Pretende-se, a despeito, fazer recortes históricos atinentes aos aspectos sociais, políticos e jurídicos que deram vez à escolha ou eleição de um determinado sistema de punição capaz de comportar os anseios do Império do Brasil aos moldes de sua firmação e valoração.

Para tanto, parte-se da Carta Política de 1824 até a atual Constituição de 1988, contrastando essa última com o Código Criminal de 1830, Código Penal de 1890 e o Código Penal de 1940, esse último, então vigente.

Assim, revelar-se-ão os mecanismos a punir cultuados pelo Império do Brasil, à época, e pela República Federativa do Brasil, hodiernamente.

A análise recairá sobre direitos do homem e/ou fundamentais vestidos pela imperiosa dignidade humana em momentos embrionários na história jurídica nacional, bens tão singula-

res à garantia da liberdade do ser racional e do Estado de Direito em sua roupagem democrático-social.

Cursando mais a história, apercebe-se que a Carta Imperial de 1824 representou o início do Estado no Brasil, saindo este por sua vez da condição de colônia para a de Império, começando, portanto, a adotar independência de Portugal. Tudo isso a ser melhor explorado logo mais, revelando o furor e a brandura históricos de evidência a recair sobre as aventadas instituições.

Vale a ratificação imprescindível ao curso dessa discussão que, a Família Imperial Portuguesa abarcou em terras da colônia Brasil e nestas permaneceu em virtude de problemas envolvendo a conservação do Reino de Portugal em meados de 1808 (MERGULHÃO; JÚNIOR; MACHADO, 2012).

Já em terras do Império do Brasil, observou-se a Revolução Pernambucana de 1817, que almejava uma assembleia constituinte que teria a incumbência de desenvolver a sua primeira constituição enquanto Estado autônomo, de atenção aos valores republicanos em voga e defendidos naqueles tempos (BONAVIDES, 2000).

O movimento constitucionalista brasileiro, por assim dizer, teve um profundo significado, vez que discutia a questão do poder constituinte de forma clara e determinada. Demais, marcou o movimento o caráter defensivo de separação e de emancipação nacional (BONAVIDES, 2000).

Entretanto, o movimento revolucionário não foi exitoso. A afirmação se deve ao fato de que não fora o texto da Carta Política de 1824 promulgado, mas sim, outorgado como alhures afirmado.

Esclarece-se que, em meados de 1820 ocorreu quase que simultaneamente, em Portugal, a chamada Revolução do Porto. Dito episódio da história de Portugal acabou provocando o retorno de Dom João VI àquelas terras, deixando o monarca, no Império do Brasil, a Imperatriz D. Carlota Joaquina e o filho e príncipe D. Pedro de Alcântara. O filho, logo depois, se tornou regente do trono (MERGULHÃO; JÚNIOR; MACHADO, 2012).

Desta feita, com o retorno oficial à Portugal, da Família Real, e a regência de D. Pedro de Alcântara, conhecido por D. Pedro I, no Império do Brasil, o movimento de autonomia por meio de uma constituição ganhou forças. E, com esse impulso, instalou-se a Assembleia Constituinte (BASTOS, 1990).

Contribuindo com as ideias já explanadas, tem-se o posicionamento de Bonavides (2000, p. 165) referente aos dois poderes constituintes que se insurgiram à época.

Quais foram esses dois poderes constituintes? O poder constituinte originário, dos governados, teve a sua soberania golpeada e embargada, não sendo portanto partícipe da obra criadora das nossas primeiras instituições públicas, como Estado e Nação; e o poder constituinte derivado do absolutismo, o poder constituinte do príncipe que fez a Carta Imperial; ao invés da promulgação, uma outorga; ao invés do ato de soberania de um colégio constituinte, o mesmo ato por obra da vontade e do livre arbítrio de um imperador, que na Carta Fundamental decretara a autolimitação de seus poderes.

Ressoa que a instalação de um poder popular, a Assembleia Constituinte, não foi suficiente para se proclamar uma constituição democrática no íntimo sentido do termo, pois, a saber, foi o imperador quem conduziu o movimento com o ato final de outorga, ratifica-se, ato não democrático.

Desta forma, assistiu-se de 1824 a 1889 os efeitos da primeira constituição do Brasil ou do Império do Brasil, numa melhor apropriação terminológica, política e histórica. Conhecida com brevidade e objetividade os primórdios do Estado no Brasil, volta-se, agora, às características mais peculiares da Carta Política de 1824, buscando, a todo tempo, um olhar cuidadoso dos direitos fundamentais anunciados no diploma.

Nivela-se, a todo giro, retratando passagem do texto magno que aclara o maior acervo de direitos fundamentais de importância para o Direito Penal. Para a finalidade, traz-se o art. 179 da anunciada Carta Política.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. **XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade (grifo nosso).**

Veja-se, a Carta de 1824 objetivou a criação de um Código Criminal, código esse que passaria a regular a atividade estatal de penalização quando da violação, no território de abrangência, de bens jurídicos tutelados.

Feita a menção à criação de um código especializado para a seara criminal da época, conheça-se, agora, a que direitos fundamentais de interesse penal se referia a Carta Política sob comento, haja vista que o Direito tutela bens fundamentais, atividade precípua também observada no Direito Criminal ou Penal.

Mergulhão, Júnior e Machado (2012, p. 351) a adensar a discussão, afirmam que, “refletindo os ideais revolucionários da Constituição francesa e norte-americana, a Constituição Imperial trouxe grandes avanços no campo dos direitos fundamentais.”

E quais seriam esses avanços? A fim de reconhecê-los, buscar-se-á trazer institutos do texto da Lei capazes de revelar avultados soerguimentos. De mãos da norma, observa-se que fora publicada sob a nomenclatura de “Constituição Política do Império do Brasil”, em 25 de março de 1824, e composta por 179 artigos, tendo sido essa a Lei a disciplinar as relações sociais por mais de 60 (sessenta) anos (BRASIL, 1988).

Ao longo do texto normativo constitucional, ganha destaque o art. 179 com 35 incisos. Neste artigo, observa-se o maior leque de garantias de direitos individuais como, o princípio da legalidade (inciso I), da liberdade de pensamento (inciso IV), do devido processo legal (inciso VIII), da irretroatividade da lei (inciso XI), da inviolabilidade do domicílio, *et cetera*.

Importante destaque merece a abolição das penas cruéis ou desumanas praticadas no período histórico anunciado, como se pode observar no inciso XIX do artigo *supra*. Restou, portanto, positivada a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis comumente praticadas.

Em 1824, com a nova Constituição, o Brasil começa a reformar seu sistema punitivo: banem-se as penas de açoite, a tortura, o ferro quente e outras penas cruéis; determina-se que as cadeias devem ser “seguras, limpas e bem arejadas havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme as circunstâncias, e natureza dos seus crimes”. A abolição das penas cruéis não foi plena, já que os escravos ainda estavam sujeitos a elas (SANTIS; ENGBRUCH; D’ELIA, 2012, pg. 147).

De notação que, ainda após o regramento constitucional sobre as penas, os avanços não foram totais, ficando comprovado que parcela de seres humanos ainda sofriam as retrógradas e desumanas formas de penalização, a se falar especialmente da população escrava.

Reveladas acima as tutelas de natureza constitucional, essas marcaram um verdadeiro avanço, ainda que não de caráter absoluto, razão pela qual é merecido ratificar que o Direito Penal surge, no Brasil, com garantias que acompanharam os mais democráticos ganhos advindos das revoluções iluministas.

Miranda (2002) explica que, a revolução iluminista teve grande ressonância por trazer o pensamento racionalista, pensamento este que afastou a ideia de divindade do governante e

da política centralizada.

Contrário *sensu*, a previsão de direitos fundamentais não foi suficiente para a real constatação destes no plano concreto, isto é, serem direitos dotados de real efetividade.

Sobre os direitos fundamentais trazidos na Carta Política de 1824, constatou-se a não efetividade.

A ausência de efetividade dos direitos fundamentais na Constituição do Império também decorre da previsão do quarto poder, o Poder Moderador, que concedia grandes poderes ao Imperador, gerando o absolutismo. Portanto, a ausência de democracia, somada a outros fatores como, o pequeno desenvolvimento econômico do País, as grandes distâncias e a precariedade dos transportes e das comunicações tornaram muito difícil a efetividade dos direitos humanos fundamentais então positivados (BREGA FILHO, 2002, p. 32).

Veja-se que a efetividade de direitos está intimamente ligada a diversos fatores de ordens política, governamental, social e econômica. Nesse sentido, a mera estipulação formal de direitos não tem o condão de modificar, efetivamente, a realidade social de uma população.

Por certo, observou-se o nascimento de um leque de direitos frágeis do ponto de vista da efetividade, mas que com o passar do tempo se tornou mais conhecido e reclamado pela sociedade, garantindo-se, assim, mais e mais efetividade por meio de mecanismos desenvolvidos ano a ano e capazes de tutelar os interesses dos governados.

Após todas as passagens que revelaram o nascimento de uma nação independente e suas principais garantias sobre as pessoas num primeiro estágio histórico-político, volta-se, a partir de agora, ao estudo mais envolvido às garantias constitucionais de roupagem penal e do Código Penal de 1940, sem se esquivar, todavia, de analisar os mecanismos punitivos brasileiros e sua perenidade.

Para tanto, conhecer-se-á importantes institutos do Código Criminal de 1830, de 1890 e do Código Penal de 1940, bem como da Constituição Federal de 1988.

[...] é preciso ter em mente que marca preponderante das Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) que vigoraram aqui, na parte penal, até 1830, era a severidade extrema. A mutilação física fazia parte das regras do jogo. A pena de morte era estabelecida para a maioria das infrações (CARVALHO FILHO, 2004, p. 182).

Resta em claro que o Direito Penal, no Brasil, não surge necessariamente da codificação de 1830, do Código Criminal. Observa-se, por evidência, que antes da Carta de 1824, vigoravam nas terras da Colônia a aplicação das leis de Portugal, Reino que já tinha um sistema jurídico bem desenvolvido.

Confirma Fregadolli (1997) que o direito aplicado aos colonos e aos “selvagens”, após a descoberta e colonização, foi o Direito português. Em defesa do ora posto, Carvalho Filho e Francisco (2002) trazem que o direito penal até o século XVIII foi marcado por um tratamento cruel e desumano. À época, não havia privação da liberdade, mas a custódia como forma de punição e ao mesmo tempo de garantia para a não fuga do custodiado. Desta forma, o encarceramento mostrava-se como um meio e não como fim punitivo.

Aprofundando mais, sabe-se que a colonização lusitana foi caracterizada mais por ocupação do que por conquista e, com isso, trouxe-se uma cultura considerada mais “evoluída”, herdeira de uma tradição jurídica milenária surgida do Direito Romano (NETO, 1969).

Pois bem, o Direito Português se consubstanciava por meio das Ordenações, sendo essas as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas.

De fato, o Direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) (WOLKMER, 2007, p. 44).

Veja-se que num primeiro momento histórico do Brasil Colônia, as leis a regular as relações sociais foram estendidas do Reino de Portugal para a América Portuguesa, denotando com isto a insuficiência e a falta de autonomia dos colonizados, sendo estes incapazes de tomar frente na forma de organização social e política da região explorada.

A História não diverge quanto aos sujeitos colonizados e à insuficiência de forças ante a forma de exploração lusitana.

De acordo Wolkmer (2007, p. 37), “há de se levar em conta que diante do fracasso da tentativa de escravizar os índios, os grandes proprietários assentaram seu poder econômico e social no incremento do tráfico de negros escravos.”

Teve-se, por escolha, a colonização de pessoas nascidas de culturas menos “desenvolvidas”, em se considerando o modelo europeu de civilização.

A condução da vida social da colônia dependia da legislação portuguesa como se vem destacando. Assim, para Gonçalves e Cintra (2012, p. 541),

A legislação portuguesa trazida era caracterizada pela sua severidade e pela sua excentricidade diante da realidade política do Brasil Colônia. Entretanto, era, visivelmente, fruto do Direito Europeu dos séculos XVI e XVII. Assim, era nessa a legislação que consistia o ordenamento jurídico da colônia e, inobstante, que iria conduzir sua vida social, econômica e política, formando núcleos estáveis e dando início à história da cultura jurídica brasileira. Não por outro motivo, o sistema punitivo das tribos indígenas nativas não influenciou a legislação penal implantada na colônia, posto que era considerada primitivo e foi subjugado pelos colonizadores.

Reveladas as Ordenações Reais como as primeiras normas a regular as atividades da Colônia, bem como a cultura jurídica aplicada no transcurso da história dos colonos, segue-se com o Código Criminal de 1830.

A necessidade de um Código Criminal surge após a Proclamação da Independência, ocorrida em 1822. Entretanto, a criação de leis próprias não representou a consolidação de uma unidade nacional.

A independência política criou a liberdade frente à dominação metropolitana; mas não fora capaz de gerar uma unidade, do ponto de vista de uma nação moderna constituída por indivíduos livres e iguais perante a lei (MATOS, 2005, p. 21).

A independência política nacional revelou os primórdios de uma sociedade independente para a construção de leis que atendessem aos anseios comuns. Entrementes, o que motivou essa nação independente à construção de um Código Criminal?

A própria Carta Política de 1824 elucida a indagação. Neste sentido, pode-se afirmar que dois motivos contribuíram para o desenvolvimento de uma lei criminal própria do Império do Brasil, quais sejam: a) a busca por uma vida nacional autônoma em fundado orgulho que

desvalia, por seu turno, o antigo domínio; e *b*) as inovações ideárias de ordem liberal nos moldes das exigências da Carta Política de 1824, sendo nortes desta nova lei a justiça e a equidade como, *verbi gratia*, se pode observar no art. 179, §§ 3º, 13 e 20 (CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824).

As bases da primeira lei a tratarem de matéria penal no Brasil já revelam o viés garantista, haja vista ter como sendas a justiça e a equidade. Nada obstante, mencionados institutos jurídicos se consubstanciam em direitos fundamentais, direitos estes aventados pela Lei 16/1830 (Código Criminal).

A título de exemplo, abaixo se transcreve dois importantes institutos penais do Código Criminal de 1830 e que, passado tanto tempo, ainda prosperam na legislação moderna.

Art. 1º. Não haverá crime, ou delicto (palavras synonymas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique. [...] Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permitir arbitrio. [...] Art. 41. O Juiz Criminal, que acompanhar, presidirá a execução até que se ultime; e o seu Escrivão passará certidão de todo este acto, a qual se ajuntará ao processo respectivo.

Os art. 1º e 33, acima transcritos, já expressavam o princípio da legalidade, considerado singular para o Direito Penal moderno.

De outra banda, observa-se o art. 41 que fala de processo presidido pelo juiz até o fim, demonstrando, com a necessária clareza, que a aplicação de uma pena pelo Estado advinha de um processo, que hoje pode ser tido como o Princípio do devido processo legal.

Validados os postulados mais importantes para a reflexão da Lei 16/1830, projetam-se em termos gerais que o Código Criminal, em comento, estava previsto na Constituição Política do Império de 1824, tendo sido esta influenciada por ideias liberais surgidas na França e nos Estados Unidos (PIERANGGELI, 2001).

Observa-se, mais, da leitura do Código Criminal de 1830 que, inúmeros institutos trazem os crimes e suas respectivas penas, sobressaindo-se desta leitura o caráter desumano de muitas das penalizações. A corroborar com a afirmativa, vejam-se os seguintes institutos extraídos do código em comento.

Art. 68. Tentar directamente, e por factos, destruir a independencia ou a integridade do Imperio. **Penas - de prisão com trabalho por cinco a quinze annos. Se o crime se consummar. Penas - de prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; prisão com trabalho por vinte annos no medio; e por dez no minimo.** [...] Art. 113. Julgar-se-há commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. **Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais -açoutes.** Art. 38. **A pena de morte será dada na força (grifo nosso).**

Em verdade, as passagens do Código acima, embora de nítido caráter desumano, mostram apenas o estágio do pensamento punitivo da sociedade brasileira em seus iniciais anos de cultura jurídica, revelados no âmbito penal em sanções como prisão acompanhada de trabalho (galés ou trabalho forçado), açoute, pena de morte e prisão perpétua.

Em 1830, com o Código Criminal do Império, a pena de prisão

é introduzida no Brasil em duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho (que podia ser perpétua); com o novo Código Criminal a pena de prisão passa a ter um papel predominante no rol das penas, mas ainda se mantinham as penas de morte e de galés (trabalhos forçados e também poderia ser perpétua). O Código não escolhe nenhum sistema penitenciário específico, ele deixa livre a definição desse sistema e do regulamento a ser seguido a cargo dos governos provinciais (SANTIS; ENGBRUCH; D'ELIA, 2012, pg. 161).

Ultrapassada a análise do primeiro Código Criminal, debruçar-se-á a partir de agora sobre o primeiro Código titulado de Penal, fruto do Decreto de n.º 847, de 11 de outubro de 1890.

Se antes tinha-se um Código Criminal assinado pelo Imperador Perpétuo do Brasil, D. Pedro I, aqui, neste novo Código, observa-se a assinatura do chefe de governo provisório da primeira República dos Estados Unidos do Brasil.

Contextualizando o Código Penal de 1890 na Primeira República, fazem as seguintes ponderações Alvarez, Salla e Souza (2003, p. 3).

Com o Código Penal de 1890, as elites republicanas buscaram viabilizar novas percepções acerca da ordem social bem como criar mecanismos de administração dessa ordem. O paradoxo deste Código, no entanto, consiste no fato de que desde muito cedo ele foi alvo de duras críticas por parte de setores das elites republicanas, que já assimilavam os novos discursos criminológicos e referentes às práticas penais que emergiam em outros contextos sociais e políticos. Mas, apesar destas duras críticas, o Código não sofrera alteração ao longo de toda a Primeira República. Qualquer análise da legislação penal do período, conseqüentemente, deve dar conta desta recepção paradoxal do Código por parte das elites republicanas.

Diante de uma nova ordem social marcada por anseios vindos com a Primeira República, atendeu-se aos reclamos ao se assistir à decretação de um novo código, com atualizações que vinham de encontro aos interesses daquela sociedade.

A busca pelo novo código foi suprir as lacunas da legislação passada. Desta forma, passou a definir novas espécies delituosas, bem como aboliu a pena de morte e outras, substituindo-as por sanções menos gravosas. Além disso, definiu o regime penitenciário de viés correccional (NORONHA, 2002).

Na opinião de Leal (1991), o Código Penal de 1890 nasceu velho e, por isso, foi sendo complementado por expressivo número de leis especiais. Ante o volumoso número de alterações, criou-se um verdadeiro “charivari” que acabou dificultando a correta compreensão do direito repressivo.

Não se tendo aqui o propósito de esgotar os temas, motivo pelo qual, não se fará uma profunda análise dos códigos ou leis penais de 1830 e 1890 e demais legislações pertinentes à casuística, falam-se dos dois códigos, o criminal e o penal, respectivamente.

Desta feita, prossegue-se para o Código Penal de 1940, surgido depois das Constituições de 1891 e 1934. Em não sendo este um estudo constitucional, mas de leis penais ou códigos penais e suas imprescindíveis inter-relações com a dignidade humana, não se abordarão as citadas constituintes de forma específica e/ou exaustiva.

O Código Penal de 1940 foi produto do período do Estado Novo, tendo sido aprovado e sancionado no governo de Getúlio Vargas por meio do Decreto-Lei de nº 2.848, começando a vigorar em 01 de janeiro de 1942.

Caracterizam o atual código, a proteção dos direitos humanos e o garantismo penal, o

que contradiz o anseio por leis de cunhos imediatistas e mais severas como se assistiu ao longo da cultura penal brasileira desde as primeiras codificações criminais (TEDESCO, 2015, p. 24).

A efetividade desse novo sistema penal, para ser alcançada, se utiliza das profundas alterações pelas quais passa o direito processual penal, alterações essas que se orientam pela a aceleração do procedimento, da agilidade da instrução e da rapidez da Justiça reclamada, tudo encoberto por um forte escudo de direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2008).

Buscando elevar as mais introdutórias características da legislação em comento, vejamos-se particularidades da legislação penal de 1940.

As penas privativas de liberdade previstas eram de reclusão (para, no máximo, trinta anos) e detenção (para, no máximo, três anos), sendo a prisão simples reservada às contravenções penais. A multa foi elencada como pena principal. As possibilidades de as penas de multas substituírem as penas privativas de liberdade eram mínimas. Eram penas acessórias: perda da função pública, interdição de direitos e publicação da sentença, sendo as duas últimas também válidas para as contravenções penais. Havia a possibilidade de aplicação de pena principal e pena acessória, cumulativamente. Foram estabelecidas pelo Código Penal de 1940 as medidas de segurança, aplicáveis aos inimputáveis ou semi-imputáveis. Consistiam em medidas detentivas, compreendidas em internação em manicômio judiciário, em casa de custódia e tratamento em colônia agrícola ou instituto de trabalho de reeducação ou de ensino profissional. Poderiam ser não detentivas, quais sejam, a liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares e o exílio local. [...] Com o passar dos anos, várias Leis Ordinárias reformularam o Código Penal, adequando-o às realidades vividas ao longo dos anos. Exemplo disso é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) e a Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06), que visa coibir a violência contra a mulher no âmbito doméstico. (GONÇALVES; CINTRA, 2012, p. 545).

Vale a atualização de dado sinalizado na citação mais acima, o que se faz por meio da menção literal de dispositivo da Lei Federal Ordinária n.º 13.869, de 5 de setembro de 2019, que alterou o texto do art. 75 do Código Penal de 1940 e aumentou para 40 (quarenta) anos o tempo máximo de cumprimento da sanção penal em estabelecimentos penais, agravando a permanência em cárcere que tinha como limite o tempo de 30 (trinta) anos.

As particularidades reveladas da legislação moderna evidenciam as bases de um direito penal calcado em garantias, notadamente constitucionais, como adiante se constatará. Garantias essas que exaltam instrumentos processuais céleres, estritamente legais e seguros que limitam os mecanismos de punição em suas diversas experimentações de violência, ultraje, excesso e abuso não legítimos.

Pensando em todas essas características, chega-se a um modelo de sistema de justiça penal humanizado e garantista nos dias hodiernos. Foi neste período que se iniciaram os debates no Brasil sobre os sistemas penitenciários. E a contribuição ao assunto é dada por Santis, Engbruch e D'élia (2012, p. 161), os quais trazem que as contribuições foram de ordem estrangeira, onde se observa que,

Principalmente o Sistema da Filadélfia e o Sistema de Auburn, já que no ano de 1850 e 1852 as Casas de Correção do Rio de Janeiro e de São Paulo seriam inauguradas, respectivamente. Foram influenciadas pelo estilo panóptico de Jeremy Bentham, notável era a preocupação em criar um ambiente favorável

para o cumprimento das penas que o Código de 1830 trouxe (prisão simples e prisão com trabalho) e para o Sistema de Auburn, que foi escolhido para as duas prisões, elas continham oficinas de trabalho, pátios e celas individuais.

Em se tratando de direito humanizado e garantista, ninguém melhor para explicar esse sistema das penas que Ferrajoli (2002), o qual afirma que o valor da pessoa humana serve de parâmetro fundamental para a qualidade e quantidade da pena.

Tratou-se, acima, de um caro princípio para todo o ordenamento jurídico moderno brasileiro, o da humanidade. Dito princípio recai sobre o respeito à condição natural da pessoa, da dignidade suplantada ao ser, tudo devendo guiar a ação estatal quando, à particular discussão, da aplicação da pena.

Ainda de acordo com o mestre Ferrajoli (2002, p. 75), alguns princípios podem definir o sistema garantista tão trabalhado por este pensador.

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 pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, 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. [...] Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem - com certa força de expressão lingüística - o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal "absoluto".

Como se viu, alguns princípios regulam o sistema penal moderno. Logo, ao se pensar num sistema prisional ou nos mecanismos de punição, há de se confirmar essas garantias. Portanto, ter-se-á em forma e execução um sistema prisional humano, diferentemente dos demais modelos penais já atrasados para os anseios desta sociedade que se analisa, a brasileira.

A Dignidade Humana como Força de Fundamento e Motricidade dos Direitos E das Garantias Fundamentais

Os direitos e as garantias fundamentais reclamam compreensão quando analisados dentro de certo contexto histórico das Ciências Jurídicas, fala-se do conhecer de aspectos internacionais e/ou universais das liberdades públicas subjetivas, portanto, de uma ordem internacional, universal; e dos aspectos nacionais que caracterizam o Ordenamento Jurídico, isto é, da vestimenta usada pelas liberdades sob anúncio cá de magnitude à discussão.

Neste sentir, é conveniente dar início à defesa das liberdades fundamentais no âmbito internacional, precisamente sobre os direitos humanos. Visando uma abordagem múltipla e compulsando a literatura, observa-se que os direitos fundamentais são evocados sob algumas nomenclaturas, podendo ser conhecidos como: direitos humanos, direitos naturais, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos fundamentais do homem, *et cetera*.

A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e artigo 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, inc. IV (SARLET, 1998).

Defende-se que o ponto de partida para a análise é o pensamento jusnaturalista. O jusnaturalismo prega que o homem é detentor de direitos que independem da figura do Estado, sendo estes essenciais tais como o direito à vida, à propriedade, à liberdade.

Os direitos naturais são aqueles inatos do homem pelo simples fato da existência e da natureza de gozo. Aos direitos naturais, desse modo, pertencem os direitos intelectuais, os direitos de agir do ser em busca do próprio bem-estar (BOBBIO, 1992).

Demonstrado, portanto, que os direitos naturais são os primeiros figurantes do universo de direitos, muito bem observados nos dias de hoje, assumindo a nomenclatura de direitos humanos.

Nada obstante, com o passar do tempo, a expressão “direitos naturais” foi substituída pela expressão “direitos do homem”, tudo em razão do processo de laicização do direito natural quando do seu apogeu no iluminismo” (SARLET, 1998).

Com o evoluir do pensamento humano e com a consideração do indivíduo como sujeito autônomo, moral, etc., surgiu a Declaração dos Direitos do Homem em reafirmação à nova nomenclatura. Emergem, desta declaração, os direitos fundamentais que formam um universo próprio e autônomo dos indivíduos, não podendo ser atacados pelo Poder. Pois, a saber, foi o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direitos que fundamentou toda a estrutura que comporta os direitos do homem (CANOTILHO, 2002; BOBBIO, 1992).

A noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito. (MORAES, 2008, p. 19).

Como se nota, os direitos cá em defesa não são reclamados somente nos dias de hoje, pois há evidência de que são detentores de larga história. Explorando mais o tema dos direitos fundamentais, Bonavides (2008) observa que tais direitos são, em essência, do homem na condição de livre e isolado frente ao poder do Estado.

Em esteira outra, Willis (1997) fala da importância de citados bens humanos, afirmando que, o Estado Democrático de Direito carece de constituição e desconstituição em matéria de direito a fim de que se aperfeiçoe.

Agora, veja-se o que se tem por direitos fundamentais na exata nomenclatura que encabeça o subtítulo dessa discussão. Para contextualizar o que se deseja, faz-se um estudo do Estado de Direito, ratificando a sua devida importância para a compreensão dos direitos e das garantias fundamentais.

Para tanto, conheça-se o que se tem por Estado de Direito na visão de Canotilho (1999, p. 249).

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. Estado de não direito será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegido pelo direito.

Assim, pode-se de dizer que é verificada a existência do Estado de Direito quando da presença de um leque de normas que legitimam as ações políticas de poder, organizadas (a governar ou não). Contribui ainda mais Canotilho (1999, p. 249) ao dizer que,

Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais (exemplo: Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Cíveis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), nas grandes declarações internacionais (exemplo: Declaração Universal dos Direitos do Homem) e noutras grandes convenções de direito internacional (exemplo: Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

Conclui-se que um Estado de Direito se afigura como tal quando vem a respeitar, garantir e zelar pelos direitos fundamentais.

Giro outro, entende-se que tais direitos se apresentam na condição de positivos, garantidos de forma magna e valorados ética e moralmente. Contam com *status* de direito público interno, valendo-se de mecanismos de defesa e ampliação por meio de leis constitucionais e infraconstitucionais. Demais, num viés clássico, funcionam como instrumentais de proteção da pessoa frente às ações político-estatais (VIANA, 2010; PFAFFENSELLER, 2007).

Com as definições trazidas acima, percebe-se que os direitos fundamentais são de observância necessária na tomada de ações e medidas dentro de um Estado de Direito, principalmente num Estado Democrático, devendo estar aberto ao diálogo com a sociedade para a formação da coisa pública de viés democrático.

Sobre o surgimento dos direitos fundamentais, há defesas que apontam, que se estabeleceram com a Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia (1776), com a Declaração dos Direitos do Homem (1789), quando pela primeira vez tais direitos foram devidamente positivados, ou seja, foram previstos em cartas políticas ou constituições (SARLET, 1998).

Apresentados os direitos fundamentais por meio de um caminho histórico clássico imprescindível à compreensão que se deseja, recai-se, agora, sobre as garantias fundamentais.

Para tratar das garantias fundamentais, é preciso fazer referência a algum instrumento legal que prevê tais direitos, os direitos fundamentais. Nesse passo, conhece-se a Constituição Federal do Brasil de 1988 que expressamente assegura um leque de direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (MORAES, 2008, p. 31).

Ademais, a própria Constituição deixou expresso que, os direitos e garantias fundamentais previstos não excluem outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, CRFB, 1988.).

Na realidade, é pauta de direitos fundamentais em um sistema político que noticia o seu caráter autoritário ou democrático, liberal ou social. É ainda esse lenço de direitos que anuncia os princípios processuais mais gerais e indispensáveis e delinea os limites do poder político estatal, razão pela qual os direitos fundamentais constituem o cerne de qualquer ordem jurídica, “a medula das constituições” e a teoria que se pretende desenvolver acerca de tais direitos há de vislumbrá-

los sob este ângulo. [...]. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material (WILLIS, 1997, p. 35; SARLET, 1998, p. 59-60).

Como não se visa esgotar o tema sobre todas as fases ou dimensões que retratam os direitos humanos, não se aprofundará para além da defesa cá racionalizada. Portanto, buscou-se, neste momento, fazer uma breve apresentação e justificação dos direitos humanos na condição de fundamentais, pela expressa previsão em textos legais.

Norma penal, Código Penal de 1940 à luz do Garantismo de Luigi Ferrajoli

O Ordenamento Jurídico do Brasil se fundamenta na atual ordem constitucional ditada pela Magna Carta datada de 1988, a qual se imbuíu de mandamentos esculpidos na dignidade da pessoa humana, tema bastante enfatizado nesta discussão a envolver os direitos humanos e fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é considerada fundamento que coordena, ordena e disciplina todas as normas brasileiras, sejam elas constitucionais, sejam infraconstitucionais (KELSEN, 1998).

Neste espectro, tem-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reveste-se de modelo de Estado que se consolida de forma democrática de direito (art. 1º, *caput*, CRFB, 1988).

Mais à frente, é de se destacar a preocupação do texto magno, quando da disposição da nova ordem que se instalou em solo brasileiro, nesse particular, com o meio internacional. Revelando-se os direitos humanos pilas de prevalência político-estatal a reger a República (art. 4º, CRFB, 1988).

Como observado, os direitos humanos, baseados na dignidade da pessoa reconhecida humana, receberam grande valia político-estatal, servindo de princípio à segurança das garantias humanas e fundamentais observadas ao longo dos 250 (duzentos e cinquenta) artigos magnos.

Traz à baila Fernandes e Righetto (2013) que, o princípio da dignidade da pessoa humana é resultado de atrocidades e violações decorridas ao longo da história contra o próprio ser humano.

A dignidade da pessoa, embora seja uma garantia da humanidade e expressamente prevista em texto constitucional, conforme estudado alhures, parece estar em esquecimento, desvinculando o Estado e/ou governo de tal fim principiológico.

A constatação do caráter humanitário presente na Carta Magna de 1988, precisamente, no art. 1º, inc. III, é inquestionável vista a reafirmação de valores republicanos administrados pela dignidade da pessoa humana.

Em fundamento, é impensável a dissociação entre a dignidade da pessoa, legitimadora dos direitos humanos e fundamentais, e o Estado Democrático de Direito, vez que, se pensável, ter-se-ia a desnaturação da natureza política vigente e, também, da ordem jurídico-social regente no Estado.

Tais direitos são, a tempo singular, direitos subjetivos e elementos fundamentais provedores da ordem constitucional objetiva. Os direitos subjetivos atribuem aos seus titulares a possibilidade de imposição de suas cobiças aos órgãos obrigados a zelá-los. Na vez de direitos fundamentais de ordem objetiva, esses convêm para a formação da base do ordenamento jurídico de um Estado (MENDES, 2002).

Diante disso, toda a discussão vem de encontro ao que se propõe tratar de aspectos de fundamentabilidade da norma penal e do Código Penal de 1940 em diálogo com o garantismo

de Luigi Ferrajoli.

Tem-se uma breve compreensão do ordenamento jurídico sustentado pela mais importante Lei de 1988 é destaque na compreensão do Direito Penal, aqui, a se materializar por meio da abstração da norma penal, seguindo com a disposição jusfilosófica do Código Penal de 1940 em sintonia com a teoria do garantismo penal, sob o olhar do estudioso Luigi Ferrajoli.

Em continuidade, o Código Penal deve obediência aos princípios e às normas constitucionais, não podendo se desviar desses mandamentos todos.

Embora não se tenha estudado de forma aprofundada os princípios constitucionais, ratificou-se o núcleo dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, trazendo referido leque de direitos condões garantistas que devem ser respeitados pelas leis e autoridades brasileiras em sua mais abrangente denominação cognitiva e recognitiva (FERRAJOLI, 2002).

Assim sendo, o Código Penal advento do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, surge antes mesmo da Constituição de 1988, entretanto, fora recepcionado pela nova Carta Magna, ainda que suscetíveis a variadas rediscussões e/ou supressões de passagens normativas contrárias à nova ordem (NOVELINO, 2014).

Buscando melhor apresentação do Código em comento, vejam-se alguns de seus princípios que trarão uma visão mais global do direito penal moderno.

Antes mesmo dessa apresentação, veja-se o que são princípios. Nesta linha, Dworkin (2002) conceitua-os como,

Normas jurídicas livres da aplicação do tudo ou nada tais como as regras, detentoras, portanto, de peso e importância. Caracterizam-se por serem mandados de otimização, devendo ser auferidas na maior medida possível. Tudo devendo ser considerado em relação a outros princípios, bem como considerando a realidade fática. De tudo que fora dito, evidencia-se que os princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade.

Observado, deste modo, que princípios são normas de otimização, de aprimoramento das regras político-sociais, citações dirigidas, ainda que à superfície dos profundos estudos sobre o tema, se faz de grande mérito. Neste sentido, Capez (2010) revela que,

Os mais importantes princípios penais derivados da dignidade humana são o da legalidade, da insignificância, da alteridade, da confiança, da adequação social, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da proporcionalidade, da humanidade, da necessidade e da ofensividade.

Localizando alguns dos mais relevantes princípios, aclarados no Código, se encontra o princípio da legalidade no dispositivo primeiro, o qual confirma inexistir crime sem lei anterior a este, definindo-o como tal. Fora isso, traz o dispositivo que não há pena sem prévia cominação legal (CÓDIGO PENAL, 1940).

Quer dizer, se garantir o valioso *status* de segurança ao indivíduo na aplicação da norma penal, logo, garantindo-lhe o acesso ao sensível núcleo de normas cunhadas humana ou fundamentalmente. Pois, para que uma ação ou omissão seja tida como delito/crime, precisará estar capitulada em lei politicamente estatuída, isto é, caberá ao aplicador da norma, no caso, o estado-juiz, a aplicação do direito posto e a valoração dos fatos apresentados - reconhecimento/recogição (FERRAJOLI, 2002).

Já o princípio da insignificância traz que, “o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico” (CAPEZ, 2010, p. 30).

Mencionado princípio busca desfigurar, pelo critério da importância do ato lesivo ao

bem tutelado penalmente, ante a valoração de fenômenos sociais, políticos, etc., as condutas irrelevantes ao interesse público e geral (FERRAJOLI, 2002).

Por seu turno, tem-se o princípio da alteridade. Referenciado princípio é compreendido da seguinte maneira.

[...] proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro (altero) (CAPEZ, 2010, p. 33).

Aqui se busca ignorar condutas desejadas, mas não exteriorizadas pelo indivíduo que, por sua vez, não têm relevância para a seara tutelar penal.

Quanto aos princípios derivados da confiança, da adequação social, da intervenção mínima e da fragmentariedade, adiante se apresentam os conceitos de cada um, de forma respectiva.

[...] Confiança: [...]. Funda-se na premissa de que todos devem esperar por parte das outras pessoas que estas sejam responsáveis e ajam de acordo com as normas da sociedade, visando a evitar danos a terceiros. [...] Adequação social: todo comportamento, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso. [...] Intervenção mínima: assenta-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias [...] A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Este se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo (CAPEZ, 2010, p. 35-37).

Em continuidade ao debate, Silva (1977) define o princípio da proporcionalidade como sendo aquele que exige “um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena).”

Fala-se que, o julgador deve manter certo equilíbrio entre o fato danoso e a sanção a ser aplicada, em revés à admissão do fruto de exercícios irreflexivos e considerados em atos das *praxis* legislativa, judicial e policial que, por sua avidez à sorte de tempos sombrios do Direito Penal, reafirmam a tradição autoritária que, em suas mínimas expressões do cotidiano republicano, se considera nunca interrompida (FERRAJOLI, 2002).

Alcança-se, agora, o princípio de maior preço para o Direito Penal, o Princípio da Humanidade, derivação do princípio *mor* da Dignidade Humana, em razão do valor constitucional e da força cogente que aquele expressa. Tal princípio se dá por meio da vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa, previsto constitucionalmente no art. 5º, inc. III. A somar, proíbe-se a pena de morte, a prisão perpétua, o trabalho forçado, a pena de banimento e de caráter cruel (art. 5º, inc. XLVII). Tem-se, ademais, o respeito e proteção à figura do preso, etc. (art. 5º, incisos XLVIII, XLIX e L) (CRFB, 1988).

Restou evidenciado que o Código Penal de 1940 é imbuído de normas escritas e não escritas (regras e princípios), sendo de grande importância, princípios constitucionais que assumem posições de fundamento para os textos de lei, *lato sensu*.

Apresentados e conceituados, portanto, importantes princípios que estruturam as nor-

mas penais e que, por isso, revelam que tipo de Código Penal o Brasil possui atualmente.

Restou claro, pós todas as digressões, que o Direito Penal moderno enxerga a pessoa como detentora de núcleo humano e fundamental que deve ser observado e respeitado à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, de ordem constitucional, e da humanidade, de ordem infraconstitucional, ambos a negar o desvio penal que se atrela ao antigarantismo penal para que, *in factu*, se note a defesa do direito posto e do Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, 2002).

Buscou-se conhecer o Código Penal através de princípios de estrutura constitucional atinentes à matéria postulada criticamente. Assim, seguidamente, serão apresentadas características de normas que embora não estejam no Código Penal, são tutelares deste Direito, devendo ser mencionadas neste estudo.

Ver-se que as leis penais, normas esparsas, extravagantes ao Código Penal, se interessam em prever conflitos sociais e tutelá-los de modo a legitimar uma possível punição por parte do Estado.

O Código Penal é a mais expressiva atitude estatal no que diz respeito à pretensão punitiva do Estado brasileiro, mas leis extravagantes esparsas complementam esse poder dever punitivo em abstrato; o Código Penal, bem como todas as leis penais, buscam, em seu bojo, tornar conhecida a vontade da lei em prever os possíveis conflitos para poder, de modo claro, rpto e conciso resolvê-los a medida em que vão se formando no seio da sociedade hodierna (CARMO, 2011, p.7).

Às leis penais esparsas cabem atualizar, oxigenar as leis codificadas a bem do interesse evolucionista da sociedade sempre em mudanças. Estudar suas vísceras não é objeto dessa pesquisa que se atrela a uma visão geral e abstrata do direito, da norma, especialmente a penal, e a novos estudos teóricos que visam atualizar as bases de abstração do conhecimento jurídico que, se não apanhados em seu íntimo histórico, podem perder a coesão tão importante à conjuntura e manutenção firme da Ciência Jurídica.

Infrações penais

Tratar das infrações penais nada mais é que se falar da conceituação, da expressão e da classificação que recebem, buscando demonstrar características gerais e, também, particulares influentes para o esclarecimento mais apto a resolver ambiguidades doutrinárias recaídas sobre o tema em construção.

Posto isto, compreender o gênero infrações penais e o objeto pena é ponto inicial de partida. Nestes trilhos, a pena consiste na restrição ou privação de um bem penal pelo Estado com a finalidade de aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promovendo a sua readaptação social para não transgredir normas da coletividade (CAPEZ, 2004).

As penas admitidas no Brasil estão previstas no texto constitucional, no leque dos direitos e garantias fundamentais, precisamente no art. 5º, XLVI (CRFB, 1988).

No citado artigo, encontram-se a possibilidade das penas de privação da liberdade ou de restrição de direitos, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa, a suspensão ou interdição de direitos. Ainda no retratado dispositivo constitucional, há a vedação expressa das seguintes penas, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Ferrajoli (2002) refere-se à modernidade que suplanta na pena valores que, pós iluminismo e liberalismo, contrariam o feito de respostas estatais negativas à qualidade humana da pessoa em seu curso contínuo de vida.

A pena, preceito secundário do tipo penal, reveladora da sanção estatal, é consequência do preceito primário, referência feita à infração penal.

Veja-se, tratam-se aqui de preceitos ou da didática atribuída ao estudo do tipo penal ou da norma incriminadora, que vivem em função do tipo, da ilicitude ou antijuridicidade e da

culpabilidade, elementos estes do “crime” (JESUS, 1999).

Contudo, o uso indiscriminado de crime para todo tipo penal é coerente consoante a melhor técnica jurídica? A resposta é negativa aos propósitos deste estudo.

Assim, o encabeçado subtópico converge para a discussão da pergunta *retro*. O melhor uso terminológico, modernamente, para se referir a uma conduta violadora de bem penal tutelado é infração penal (CAPEZ, 2011).

No Brasil, não se deve usar a qualquer azo o termo crime, mas, sim, infração penal como melhor adoção técnica e jurídica. A infração penal, gênero que origina as espécies crime, delito e contravenção, deve ser inicialmente conhecida sob o critério bipartido, adoção feita pelo legislador brasileiro (FIDA, GUIMARÃES, BIASOLI, 1974).

Por adoção ao critério bipartido, infração penal deve ser tida como gênero que titula o crime e o delito como sinônimos, não excluindo a espécie contravenção. Isto é, infração penal refere-se a crimes ou delitos e contravenções penais (GRECO, 2015).

Para adentrar aos pormenores dos tipos de infrações penais, recorrer-se-á à Lei de Introdução ao Código Penal, instituída por meio do Decreto-Lei n.º 3.914 de 1941.

E, logo no dispositivo primeiro da referida norma, dispõe-se sobre o crime e a contravenção, trazendo-se que,

Crime é aquele cominado com pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou de modo cumulativo com a pena de multa. Já a contravenção é aquela cominada pela lei, de forma isolada na pena de prisão simples ou de multa, prevendo também a forma cumulativa da prisão simples e da multa (art. 1º, Decreto-Lei n. 3.914/41).

Ainda que haja a referência a uma possível distinção entre crime e contravenção, nota-se tênue a linha de diferenciação. Senão, veja-se.

Na verdade, não há diferença substancial entre contravenção e crime. O critério de escolha dos bens que devem ser protegidos pelo Direito Penal é político, da mesma forma que é política a rotulação da conduta como contravenção ou criminosa. O que hoje é considerado crime amanhã poderá vir a tornar-se contravenção e vice-versa (GRECO, 2015, p.191).

Existe, para melhor gênese da norma, a ideia de que a relevância do tutelado bem jurídico ilumina a cominação penal atribuída, a sanção.

Nesse sentido, observa-se consoante leitura normativa que, o crime tem previsão legal no Código Penal de 1940 e em leis esparsas. Já a contravenção penal tem lei especial, o Decreto-lei n.º 3.688 de 1941.

Neste espeque, sendo a diferenciação de juízo político, fez-se a localização das espécies de infração penal, crime ou delito e contravenção penal, normativamente nos diplomas jurídicos postos acima, elevando, assim, a adoção da previsão legal como critério de eleição de características próprias das instituídas espécies.

Privação da Liberdade – Garantias Constitucionais e Garantismo Penal

A privação da liberdade advém de sanções penais (respeitada a garantia do devido processo legal, art. 5º, LIV, CRFB/88) que consiste, no fim e ao resto, no recolhimento da pessoa, em caráter flagrante, preventivo, provisório ou definitivo, a estabelecimentos penais ou prisionais, podendo ser na modalidade reclusão, detenção ou prisão simples, não se atendo, aqui, à medida de segurança (NETTO, 2005; MACHADO, 2012).

Tem-se por objetivo na privação da liberdade, todavia, a submissão da pessoa ao cum-

primento da reprimenda que lhe foi aplicada ou destinada pelo estado-juiz (NETTO, 2005).

Sobre o devido processo legal, ensina Silva (2001) que este dirige a atuação do legislador e do intérprete da lei para que assim ocorra a elementar elaboração da lei e a correta interpretação da norma. Importância elevada tem a garantia do devido processo legal para evitar arbitrariedades ou ilegalidades por parte do Estado quanto às regras mínimas asseguradas constitucionalmente.

Inicia-se o estudo com a máxima de que, a liberdade é a regra (direito e garantia fundamentais) que se estampa no art. 5º, *caput*, da Constituição do Brasil de 1988.

Momento depois, ainda no próprio art. 5º, XLVI, vislumbra-se a menção à penalização, sendo mencionada dentre outras, a privação ou a restrição da liberdade. Ainda em retrato ao dispositivo anterior, observa-se no inciso XLVIII que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, levando-se em consideração a natureza do delito, a idade e o sexo da pessoa.

Faz *mister* tratar de garantias mínimas aplicadas ao processo penal. Nesse turno, ainda que não se tenha estudado vertiginosamente sobre o direito processual penal neste trabalho, muito se ganha com o estudo das garantias mínimas aplicáveis, cumprindo, todavia, a função ímpar que é buscar refletir sobre bases fundamentais da seara penal, onde são observadas, por vezes, incongruências nefastas de aplicação no mundo em concreto, fala-se do sistema prisional.

Conhecer as bases mínimas é reclamar atenção aos seus fundamentos e, com isso, esperar correções capazes de auxiliar a perenidade da justiça de forma sintomática ao ser ontológico, sem negar atenção ao conclamo do Estado na versão democrática, social e de direito que contraria o espírito antigarantista (FERRAJOLI, 2002).

Antemão, distinguir garantias e direitos é sumamente necessário, haja vista a confusão que existe entre os termos *ius* aventados. Sendo benéfico para melhor compreensão deste estudo o conhecimento preciso destes regulares institutos.

Silva e Vargas (1994; 1992) inferem que, as garantias podem ser gerais (asseguram eficácia social dos direitos) e constitucionais (instituições, determinações e procedimentos que observam a integração ou reintegração do direito). Para o autor que se cita, os direitos são, a todo modo, disposições declaratórias que imprimem existência legal aos bens reconhecidos.

Resta evidente a distinção entre direitos e garantias, vez que os direitos são postulados assecuratórios de valores ou bens reconhecidos pelo Direito, e as garantias meios pelos quais se legitimam os direitos quando reclamantes à sua observância ou quando não observados a sua regular integração.

Falar-se-á a partir de agora precisamente das garantias mínimas relacionadas à jurisdição e ao processo em abstração de literalidade da norma fundamental nacional.

Neste sentir, tem-se a garantia do juiz natural, isto é, todas as pessoas têm garantido um julgamento por juízes integrantes do Poder Judiciário, devidamente investidos em cargos conquistados por meio de concurso público, tendo atribuições definidas por lei (art. 5º, XXXVII). Desta forma, inadmitem-se juízos de exceção.

Ao juiz natural recaem a independência e imparcialidade funcional, previsão do art. 95 da CRFB/88, onde se constata a garantia da vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio, seguranças à atividade do estado-juiz.

Tem-se, também, a garantia da motivação das decisões judiciais, vista no art. 93 da CRFB/88 e art. 381, inc. III, do Código Penal de 1940, convergindo para o dever de decisões fundamentadas, respeitando-se a realização do contraditório.

Ressalvas devem-se apenas às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, não devendo as decisões ser motivadas ante o sistema da íntima convicção das provas, art. 5º, XXVIII, CRFB/1988 (MARQUES, 1997).

Neste amparo, também é conhecida a garantia do duplo grau de jurisdição, de acordo com o art. 93, inc. III, da CRFB/88, constatando-se a possibilidade de haver revisão de decisão de grau inferior por grau superior de justiça.

Afora, neste limiar, apenas no referido à competência originária do Supremo Tribunal Federal, a qual se excetua à regra o artigo *retro*.

Demais, importante garantia a ser representada é a da proibição de reforma de senten-

ça *in pejus*, para agravar a situação do réu (art. 671 do Código de Processo Penal com supedâneo na Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal).

Aclara-se, também, a garantia de decisões efetivas, isto é, perpassadas pelo instituto da coisa julgada. Espelha tal garantia o princípio do *non bis in idem*, qual diz transitada em julgado a sentença, não será possível novo processo pelo mesmo fato (NUCCI, 2008).

A somar, observa-se a garantia do promotor natural, o qual tem guarida constitucional no art. 5º, LIII, assegurando-lhe a independência funcional. Em complementariedade, a CRFB/88 titula o *parquet* como instituição permanente de função essencial à justiça.

Quanto às garantias mínimas relacionadas ao processo, observa-se a garantia do processo público, consoante inteligência do art. 5º, LX, e art. 93, IX, da CF/88. Citada garantia assovia que, o processo deve ser de conhecimento público, a ressaltar situações excepcionais previstas na legislação.

Tem-se, por soma, a garantia do processo sem dilações indevidas, fruto da Emenda Constitucional de n.º 45/04. De acordo com a referida garantia, o processo deve correr de modo a respeitar os prazos legais ou judiciais sem, contudo, ser oneroso à constituição ou tutela do interesse reclamado.

Em Ferrajoli (2002), pai do Garantismo, há uma incansável busca pela efetivação de direitos com base na constatação da eficácia dos direitos fundamentais. É dizer, considerando a incidência antológica, aquela depende dessa na medida em que suas pilastras (direitos gerais e abstratos) não sustentam-se na falta de um piso certo, possível e garantido (direitos fundamentais materializados ou materializáveis). Com isso, ganha espaço a preocupação nítida com aspectos de cunho formal e substancial da norma sob avença.

Discute-se, no íntimo, o conceito de validade da norma. Ferrajoli (2002) reforma o conceito de validade, valorando-o e não em tom de negação dos estudos de Kelsen (1998). Nesse sentido, o estudioso da Teoria Garantista informa que a validade da norma não pode estacionar em critérios meramente formais do estudioso da Teoria Pura do Direito senão, também, substanciais ou materiais, acrescentando, nesse particular, os direitos fundamentais no cerne da teoria da validade da norma jurídica.

Assim, para além da hierarquia das normas jurídicas espelhadas na norma fundamental que se encontra no topo da pirâmide de Kelsen (1998), é preciso valorar essa pirâmide e todas as normas que a compõe por meio dos direitos fundamentais efetivados ou efetiváveis que defende o Garantismo de Ferrajoli (2002).

Portanto, voltando a estudos mais democráticos do Direito, as garantias fundamentais se revelam como importantes mostras de valoração da teoria dominante, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1998), a qual embebeda o sistema jurídico com, ainda hoje, muito formalismo ou positivismo, não sendo expressão maior a valoração da norma em sentido de garantir os fundamentais direitos de sustentação humana.

Considerações Finais

Possibilitou-se ao longo das digressões jurídico-científicas de voltagens histórica, política e social conhecer o sistema punitivo brasileiro em seus primórdios, desenvolvedores e estacionados valores e elementos constitutivos que, sem dúvida, otimizam a reflexão do corpo social governante e governado para adoção de rumos novos ou de rediscussão dos passos dados a bem do polimento do Estado Democrático de Direito.

Em “*O Sistema Prisional Adotado pelo Brasil de 1824 a 1988: aspectos históricos, políticos e jurídicos*” traçou-se análise de discurso apta a identificar os traços do pensamento punitivista colonial e republicano, localizando avanços, retrocessos e mudanças tantas que ora honravam a lógica do sistema jurídico, ora renegavam-no em meio a mutações de ordem política, principalmente. Nada obstante, notou-se que as prósperas mudanças que se assentaram em 1988 com a nova constituinte, *in juris*, garantiu ao povo brasileiro melhores condições de desenvolvimento em renegação de tudo que fora sofrivelmente visto e sentido por gerações que possibilitaram as atuais que carecem de conhecer a sua própria história para não lançar votos a sensíveis interesses políticos ainda avivados no imaginário de certos exemplares da-

queles turvos períodos.

“*A Dignidade Humana como Força de Fundamento e Motricidade dos Direitos e das Garantias Fundamentais*” dirigiu-se rumo ao conhecimento da história jurídica nacional com o sedimento de apoteótico bem universal, a dignidade humana. Referido bem é encorajador do atual curso histórico para que não seja tragado pelos tempos passados que se revivem em forma de pesadelo no imaginário humano global, oferecendo risco de ser revivido para além da abstração de algumas mentes.

Já em “*Norma Penal, Código Penal de 1940 à Luz do Garantismo de Luigi Ferrajoli*” houve um tratamento da norma penal assentada na norma fundamental de 1988 e dialogada com a teoria do garantismo do jurista italiano de afamados estudos, Luigi Ferrajoli, o qual unifica o centro lógico do direito constitucional atual e do direito penal de 1940, anterior às disciplinas magnas, vendo nesta convergência de conteúdo àquela.

Por fim, em “*Privação da liberdade: garantias constitucionais e garantismo penal*” fez-se um arremate de tudo que fora trabalhado, debatido e refletido com as garantias que podem ser tidas, também, como robustecedoras dos direitos fundamentais por trazer importantes condições de encorajamento do intérprete da norma penal.

Assim, tratou-se de demonstrar o curso histórico, político e jurídico do sistema punitivo do Brasil de 1824 a 1988 em cotejo com a dignidade humana, revelando que o estágio da atualidade é de fervor humanitário, devendo ser mantida, verdadeira aversão a períodos em nada respeitantes à multiplicidade de pensamentos e contribuições de aperfeiçoamento e de organização da vida político-social.

Referências

ALVAREZ, M. C.; SALLA, F.; SOUZA, L. A. F. **A Sociedade e a Lei: o código penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira república.** Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down113.pdf>. Acesso em 10 de mar. de 2020.

BRASIL. **CÓDIGO CRIMINAL DE 1830.** Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm . Acesso em 10 de mar. de 2020.

_____. **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL**, de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 10 de mar. de 2020.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de mar. de 2020.

_____. **Decreto-lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm. Acesso em 10 de mar. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 160.** Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao regimento interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 87. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200. Acesso em 26 de fev. de 2020.

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 1990.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. Estudos Avançados. São Paulo, v. 14, n. 40, dez. 2000, pp. 155-176. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016. Acesso em 20 de mar. de 2020.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.
- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Fundação Mário Soares.Lisboa: Radiva Produções, Ida, 1. Ed. 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra Portugal: Almedina, 2002.
- CAPEZ, Fernando; BONFIM, Edilson Mougenot. **Direito Penal**, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. V. 1, ed. 15°. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) –15. ed. –São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11427-2.
- CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **Impunidade no Brasil: Colônia e Império**. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200011&lng=pt&nrm=isso. Acesso em 20 de mar. de 2020.
- CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.
- CARMO, João dos Santos. **Direito de punir do estado face à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/JoadosSantosCarmo.pdf. Acesso em 20 de mar. de 2020.
- DINIZ, Carlos Augusto de Oliveira. **Estado, poder e fetichismo: comunicação e mensuração do poder**. Tese de Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). 2016. 163 p. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19698#preview-link0>. Acesso em 18 de mar. de 2020.
- WORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27-29.
- FERNANDES, Bruno Rafaela; RIGHETTO, Luiz Eduardo Cleto. **O sistema carcerário brasileiro**. Revista Eletrônica de iniciação científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n. 3, p. 115-135, 3º trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc. Acesso em 18 de mar. de 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer

Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIDA, GUIMARÃES, BIASOLI. **Comentários à lei das contravenções penais**. Livraria e Editora universitária de Direito Ltda, 1974.

FREGADOLLI, Luciana. **Antecedentes históricos do código criminal de 1830**. Akrópolis – Revista de Ciências Humanas da UNIPAR. V. 5, n. 20, p. 1-6, 1997. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/view/1707/1479>. Acesso em: 20 de fev. de 2020.

GONÇALVES, P. T; CINTRA, P. T. **Código Penal Vigente e Anteprojeto de Código Penal: uma análise sob a ótica do csh – critical systems heuristics**. Poços de Caldas: Revista Gestão & Conhecimento, edição especial, 2012, p. 541-556. Disponível em: https://www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/revista/artigos/esp1_8cbs/33.pdf. Acesso em: 21 de mar. de 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte especial**. V. II, ed. 12°. Impetus: Niterói, RJ, 2015.

HAWKING, Stephen William. **Uma breve história do tempo**. Ilustração Ron Miller; Tradução Cássio de Arantes Leite. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2ª versão. São Paulo: Martins Fontes, 3a ed., 1991 (1960).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Lei das Contravenções Penais Anotada**. 7.ed. rev. e atual. –São Paulo: Saraiva, 1999.

LEAL, J. J. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris & Editora da Furb, 1991.

LE GOFF, Jacques. **História e memória / Jacques Le Goff**; tradução Bernardo Leitão. [et al.]. Campinas: Editora da UNICAMP, 1990.

MACHADO NETO, A.L. **História das Idéias Jurídicas no Brasil**. São Paulo: Grijabo/EDUSP, 1969.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARGULHÃO, T. C; JÚNIOR, B. A. C; MACHADO, E. F. R. **A Constituição Imperial de 1824: uma breve análise dos aspectos sociais, políticos, econômicos e jurídicos**. Revista JurisFIB. Bauru, v. n. 3, p. 337 – 354, dez., 2012.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. In: FROMM, Erich. Conceito Marxista do Homem. 8ª edição, Rio de Janeiro, Zahar, 1983.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. Campinas, SP: Bookseller, 1997.

MATOS, I. R. de. **O Tempo Saquarema**. São Paulo: Hucitec, 1987. Construtores e herdeiros: a trama dos interesses na construção da unidade política. Almanak Braziliense Revista Eletrônica. Maio, 1º, 2005, p. 9-26.

MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 18 de mar. de 2020.

- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Portugal: Coimbra Editora, 2002.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do Inimigo – A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Vol. 01. São Paulo: Juruá, 2008, p. 56.
- NETTO, José de Oliveira. **Dicionário Jurídico Universitário: Terminologia Jurídica e Latim Forense**. 1ª ed. São Paulo: Edijur, 2005.
- NORONHA, E. M. **Curso de Direito Processual Penal**. 28 ed., atual, por Adalberto José Q. T. de Carmargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. –Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PFaffenSeller, Michelli. **Teoria dos direitos fundamentais**. Revista Jurídica, Brasília , v. 9, p.94, 2007.
- PIERANGGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA FRANCO, Alberto. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. I, t. I e II.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- TEDESCO, Mônica Franco. **Direito Penal do Inimigo: um estudo acerca dos resquícios da teoria de Gunther Jakobs em legislações específicas do ordenamento penal brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 mar 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses/44742/direito-penal-do-inimigo-um-estudo-acerca-dos-resquicios-da-teoria-de-gunther-jakobs-em-legislacoes-especificas-do-ordenamento-penal-brasileiro>. Acesso em 21 mar 2020.
- VARGAS, José Cirilo de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- VIANA, Lara Sanábria. **O Estado democrático de direito e os direitos fundamentais: perspectivas históricas**. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2010, vol. 1, p. 8-23. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. ISSN: 1982-0895. Acesso em 21 mar 2020.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4ª edição Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 212 p.
- SANTIS, Bruno Moraes di; ENGBRUCH, Werner; D'ELIA, Fábio Suardi. **A evolução histórica do**

sistema prisional e a penitenciária do estado de São Paulo. Revista Liberdades, n. 11, ed. 2012. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/historia.pdf. Acesso em 21 mar 2020.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

WILLIS FILHO, Santiago Guerra. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 1997.

Recebido em 12 de janeiro de 2021.

Aceito em 19 de julho de 2021.