

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

ALEXANDRE BIZZOTTO

**A INVERSÃO IDEOLÓGICA DO DISCURSO GARANTISTA:
A SUBVERSÃO DA FINALIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE
CONTEÚDO LIMITATIVO PARA A AMPLIAÇÃO DO SISTEMA PENAL**

Porto Alegre

2008

ALEXANDRE BIZZOTTO

**A INVERSÃO IDEOLÓGICA DO DISCURSO GARANTISTA:
A SUBVERSÃO DA FINALIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE
CONTEÚDO LIMITATIVO PARA A AMPLIAÇÃO DO SISTEMA PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais

Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho

Porto Alegre

2008

ALEXANDRE BIZZOTTO

**A INVERSÃO IDEOLÓGICA DO DISCURSO GARANTISTA:
A SUBVERSÃO DA FINALIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE
CONTEÚDO LIMITATIVO PARA A AMPLIAÇÃO DO SISTEMA PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais

Aprovada pela Banca Examinadora em _____ de março de 2008.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Salo de Carvalho – PUCRS

Prof. Dr. Geraldo Prado – UFRJ/UNESA

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli – PUCRS

Ficha catalográfica**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

B625i Bizzotto, Alexandre
A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal / Alexandre Bizzotto. — Porto Alegre, 2008.
184 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. PUCRS, 2008.

Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho

1. Direitos Fundamentais. 2. Política Criminal. 3. Estado de Direito. 4. Direito Penal. I. Título.

CDD 341.5

Bibliotecário Responsável

Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204

RESUMO

O trabalho tem o objetivo de discorrer a respeito da inversão ideológica do discurso garantista, procurando demonstrar ser comum na seara penal o uso do discurso das garantias constitucionais para justificar atos judiciais que concretamente causem a ampliação do sistema penal.

São abordados quatro capítulos para chegar ao objetivo proposto. Parte-se de uma noção sobre a modernidade para melhor entender a crise do sistema penal, discutindo-se os ideais do controle penal em confronto com a criminologia crítica. Aponta-se para a necessidade de que o Estado Penal tenha limites constitucionais a fim de resguardar os direitos fundamentais, sendo destacada a função do intérprete na construção da efetividade garantista.

Questiona-se a capacidade da sociedade de efetivamente limitar por meio do controle penal as condutas humanas, ainda mais quando se percebe a fragilidade dos instrumentos racionais perante a subjetividade, com a possibilidade de inversão interpretativa dos textos constitucionais para atender aos interesses punitivos. Sem ignorar a possibilidade de se construir um discurso de resistência, adentra-se no estudo de alguns institutos processuais penais com o objetivo de demonstrar a cotidiana inversão ideológica das garantias na prática judicial.

Ao se escrever sobre a inversão ideológica do discurso garantista, surgem discussões que permitem afirmar a adesão à área de concentração de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-*Violência e Sistema Penal*, bem como a sua linha de pesquisa-*Criminologia e Controle Social*.

Palavras-chave: Modernidade. Controle. Estado Penal. Limitação. Garantismo. Direitos fundamentais. Inversão ideológica.

ABSTRACT

The work's objective is to discourse about the ideological inversion of the guarantee speech, attempting to demonstrate how constant are the uses of the constitutional speeches in the criminal action's field to justify the judicial acts that consequently increase the criminal system.

Four chapters are boarded to reach the considered objective. It starts from a Modernity notion to better understand the criminal system crisis, discussing the criminal control ideals between the critical criminology. The necessity of the Criminal State is pointed to have constitutional limits to protect the basic rights, emphasizing the interpreter's function in the effectiveness guarantee speech.

The human's behaviors are limited through the criminal control by the society's capacity, which is questioned, even though when it realizes the rational instruments fragility before subjectivity, with the constitutionals texts interpretative inversion possibility to attend punitive interests. Without ignoring the possibility to compose a resistance speech, into some criminal institute procedural's studies to demonstrate the daily ideological inversion of speeches in the judicial pratics.

Writing about the guarantee speech's ideological inversion, brings some arguments that allow to affirm there is an adhesion to After-Graduation Program in Criminal Sciences of Universidade Católica – Rio Grande do Sul – Violence and Criminal System, just as the research line – Criminology and Social Control.

Word-keys: Modernity. Control. Criminal State. Limitation. Guarantee of Right to Trial. Basic rights. Ideological inversion.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1 A modernidade e a crise do sistema penal	15
1.1 Projeto penal da modernidade	15
1.1.1 Liberdade versus interesses civilizatórios.....	18
1.1.2 A verdade científica.....	20
1.1.3 A modernidade penal e a racional limitação punitiva.....	22
1.1.4 A base ideológica do projeto da defesa social.....	25
1.2 As crises do projeto penal da modernidade.....	28
1.2.1 A ilegitimidade do poder punitivo.....	29
1.2.2 A normalidade do crime.....	31
1.2.3 A diversidade cultural.....	33
1.2.4 As irrealizáveis prevenções.....	35
1.2.5 A seletividade do sistema penal	28
1.2.6 O crime é realidade social.....	41
2 As normas constitucionais e o projeto do garantismo penal.	43
2.1 As normas constitucionais.....	43
2.1.1 O Estado Democrático de Direito e o Judiciário	45
2.1.2 A conformação valorativa da Constituição	48
2.1.3 A conformação constitucional da norma: princípios e regras	51
2.2 A interpretação constitucional.....	54
2.2.1 O controle da constitucionalidade	56
2.2.2 Postulados normativos	59
2.2.3 Efeitos produzidos pelas normas constitucionais	63
2.3 O projeto do garantismo penal.....	64
2.3.1 O Direito penal mínimo e o garantismo.....	68
2.3.2 O garantismo e o sistema acusatório.....	74
3 A inversão ideológica do discurso garantista.	80
3.1 A debilidade garantista e o mal-estar punitivo	80
3.1.1 A sociedade punitiva.....	82
3.1.2 A mídia, a cultura do medo e o direito penal do inimigo.....	85
3.1.3 A interpretação das garantias na sociedade punitiva	87
3.2 Os direitos humanos e a inversão ideológica dos direitos humanos.....	90
3.2.1 Teoria crítica dos direitos humanos	93
3.2.1.1 A abstração dos direitos humanos	95
3.2.1.2 Exame sociológico e valorativo dos direitos humanos.....	96
3.2.1.3 Despedaçamento dos direitos humanos	97
3.1.1.4 A inefetividade dos direitos humanos.....	98
3.1.1.5 Excessiva confiança na proteção normativa aos direitos humanos	100
3.2.2 A inversão ideológica dos direitos humanos.....	100
3.3 A inversão ideológica do discurso garantista.....	103

3.3.1 Construção da norma sem a flexibilização necessária para a efetivação da garantia.....	107
3.3.2 Construção da norma sem a rigidez necessária para a efetivação da garantia	111
4 Inversão ideológica e a resistência constitucional	117
4.1 Os protagonistas da persecução penal e a resistência constitucional.....	117
4.1.1 Do policial e suas atividades	119
4.1.1.1 Da atividade policial preventiva	121
4.1.1.2 Da atividade policial investigativa	121
4.1.1.3 A fiscalização das atividades policiais.....	124
4.1.2 O acusador penal	125
4.1.3 O papel da defesa constitucional	129
4.1.4 O juiz e a direção processual.....	133
4.2 Momentos decisivos para a prática jurisdicional de resistência	138
4.2.1 O recebimento da denúncia	140
4.2.2 O exercício formal da defesa.....	144
4.2.3 Apreciação sobre as prisões cautelares	147
4.2.4 A nulidade e sua avaliação	151
4.2.5 Sentença penal e seus fundamentos	154
Conclusão	159
Referências bibliográficas	163

Introdução

A formação das pessoas depende de cada história de vida, com todas as suas alegrias, tristezas e episódios. O mesmo ocorre com as estruturas jurídicas. Elas são as expressões de um longo caminhar de encontros e desencontros humanos, nos quais a dialética social é exercida com a contínua superação de idéias. No convívio comunitário, os conflitos são inerentes. As diferenças se tornam parte integrante da vida construída na sociedade com a sedimentação de valores humanos.

A convivência das pessoas exige a imposição de limites sociais. Na modernidade, fase “estritamente associada à idéia da racionalização”,¹ inúmeras são as formas de controle social que surgem. A normatização da intervenção punitiva se apresenta como um dos meios utilizados pela sociedade para racionalizar o controle social que é exercido pelo Estado. Neste contexto de afirmação punitiva, a idéia da Constituição se torna fundamental meio de delimitação da atuação dos mecanismos penais.

No Brasil, o modelo constitucional implantado em 1988 estabeleceu, com todas as suas implicações, o paradigma do Estado Democrático de Direito. Este tem o objetivo de semear no âmago social as expectativas da permanente elaboração de uma sociedade direcionada para facilitar, em todas as formas possíveis, o bem-estar das pessoas, respeitando-se a sua dignidade, na medida em que vela pelo “indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”.²

Se limites pautados na punição são estabelecidos com o objetivo de regular as relações sociais, há que se buscar o apoio nos direitos humanos, destinatário de todas as ações conduzidas pela coletividade, para que haja a blindagem do Estado Democrático de Direito, com a legítima incidência aos fatos penais dos comandos constitucionais.

Buscando delinear tal legitimação, Luigi Ferrajoli diz que a

primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria

¹ TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*, p. 22.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 221.

ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de direito, entendido com sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto ou totalitário se o poder do povo for nela ilimitado.³

Ao se compreender que a liberdade pessoal é uma garantia fundamental tutelada pelo Estado Democrático de Direito, pode ser extraída a conclusão de que nele não há espaço para que se dê o avanço desmedido dos anseios punitivos. A sociedade deve estimular a formação de mecanismos de contenção ao Estado Penal. É neste quadro que a interpretação constitucional ocupa o seu espaço institucional para limitar o sistema punitivo e resguardar a dignidade humana.

Os fundamentos da legitimidade da jurisdição e de seu exercício independente decorrem da “sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição”.⁴ O compromisso de se defender as garantias constitucionais perante o sistema punitivo é imposição constitucional aos operadores do direito.

Não se ignora que a sensação de insegurança, tão presente no mundo moderno, é fator que direciona a atuação daqueles responsáveis pela construção de barreiras aos avanços do Estado Penal. Conforme diz Fernando Nogueira Dias, um “dos aspectos negativos das novas formas de viver em sociedade é sem dúvida o sentimento generalizado de insegurança”.⁵ Argumentos emocionais de cunho emergencial são utilizados para debilitar os parâmetros constitucionais.

Os operadores do direito, ao estarem em contato direto com a realidade judicial, podem ser um dos primeiros a internalizar a violência estatal, com o manejo tímido dos instrumentos constitucionais disponíveis ou, mesmo, manipulando-os contrariamente às finalidades de proteção aos direitos fundamentais.

A função judicial, guardiã constitucional dos direitos fundamentais vem sendo submetida às pressões punitivas contemporâneas. Pode se dizer que ela sequer despertou efetivamente para a necessidade de apagar da memória judicial as práticas do Código de Processo Penal de 1941.

³ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 689.

⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*, p. 74.

Há um nítido descompasso entre a missão garantista dos direitos fundamentais e a concretização do processo penal. Os juízes, amparados por inversões interpretativas subreptícias, têm agido como aliados das razões de Estado, espalhando a dor e o sofrimento aos eleitos pelo sistema penal.

Surgem explicações das mais variadas para mitigar ou desvirtuar a proteção aos direitos fundamentais. Neste sentido, podem ser identificados desde o explícito confronto com as garantias constitucionais por meio da articulação de políticas legislativas com apoio midiático (movimentos da lei e ordem), passando pela justificação dogmática da problemática penal⁶ e redundando na tentativa de cooptação do ideário iluminista para justificar a ampliação punitiva.

É comum notar o uso de discurso jurídico libertário para dissimular a manutenção de fundamentos vinculados à ideologia da defesa social. São formuladas proposições que se afirmam garantistas, mas que na prática apenas traduzem orientações formalistas, na medida em que deixam concretamente a proteção dos direitos fundamentais contra o Estado Penal em segundo plano.

Percebe-se a existência de uma faceta interpretativa que parte da construção de uma norma constitucional de teor garantista para fundamentar atos de teor penal limitativo à pessoa, com a ampliação da criminalização secundária, subvertendo as finalidades das normas constitucionais garantistas. Há apropriação do discurso garantista com resultados jurisdicionais que dão aparência constitucional a abusos penais. É a inversão ideológica do discurso garantista.

É relevante discutir e questionar a inversão ideológica do discurso garantista, apontando quais são as falhas e omissões existentes e verificando os motivos que influenciam e pressionam para o surgimento desta faceta limitativa do sistema penal.

A dissertação tem o objetivo de conferir um olhar direcionado para a formação das normas constitucionais penais de conteúdo protetivo aos direitos fundamentais, visando desvendar os desvios constitucionais expressados no resultado ampliativo para o sistema penal por meio da atuação interpretativa.

Assume-se neste escrito, intransigentemente, a posição de defesa da necessidade de contenção do sistema penal por intermédio da aplicação efetiva das normas constitucionais,

⁵ *O medo social e os vigilantes da ordem emocional*, p. 40.

⁶ Sobre a utilização da dogmática jurídica para justificar a manutenção do poder, é precioso o trabalho de Vera Regina Pereira de Andrade denominado *Dogmática jurídica*: escorço de sua configuração e identidade.

propugnando-se a intervenção jurisdicional garantista, no caso concreto, para dar dinâmica ao suporte constitucional.

A inversão ideológica do discurso garantista com a subversão das finalidades das normas constitucionais de conteúdo garantidor para a ampliação do sistema penal constitui-se em modalidade de violência às pessoas, o que justifica a adequação à área de concentração *Violência e sistema penal* do Mestrado em Ciências Criminais da PUC-RS.

A mesma justificativa serve para revelar a adequação do tema com a linha de pesquisa *Criminologia e controle social*, pois são analisados temas ligados à criminologia e aos direitos humanos abordando-se o desvirtuamento que ocorre no âmbito da aplicação criminal.

Na consecução deste trabalho, foram elaborados quatro capítulos. Em um primeiro momento são enfocadas as características da modernidade e o seu projeto penal. A crença na racionalidade e nos ideais do controle penal é colocada em confronto com as críticas estabelecidas pela criminologia crítica. As mazelas do sistema penal são abordadas, tentando-se demonstrar a necessidade de criação de balizas ao Estado Penal.

As normas constitucionais e o projeto do garantismo penal são objetos do segundo capítulo. Discorre-se sobre a formação da norma constitucional e a participação do intérprete nesta construção. São delineados os fundamentos da teoria do garantismo penal, instrumento racional para a efetivação dos direitos fundamentais, perseguindo-se a intenção de demonstrar a relevância do garantismo para conter concretamente a ampliação punitiva.

Sem ignorar a necessidade de redução de danos preceituada pelo projeto do garantismo penal, o terceiro capítulo trata da inversão ideológica do discurso garantista partindo-se da fragilidade dos instrumentos racionais para enquadrar o humano. Traça-se um curso da caminhada dos direitos humanos com a fotografia da inversão ideológica aos direitos humanos. O terceiro capítulo é encerrado com a discussão da inversão ideológica do discurso garantista, com a demonstração da possibilidade de que as normas constitucionais de proteção aos direitos fundamentais sejam utilizadas na ampliação penal.

No último capítulo, por meio da abordagem de alguns institutos do direito processual penal, procura-se desenhar a possibilidade de efetiva resistência constitucional, apontando-se a existência concreta de inversões ideológicas do discurso garantista no transcurso da prática fomentada pela doutrina penal. Na parte conclusiva, o trabalho propugna a efetiva aplicação do garantismo.

Impende dizer que não se pretende realizar um percurso que aborde todo o processo penal. Apenas quer-se focalizar o fenômeno interpretativo que se apóia formalmente na Constituição para a defesa dos direitos fundamentais, mas que está em contradição com tal escopo.

É importante deixar claro a inexistência de neutralidade na construção da norma constitucional de proteção dos direitos fundamentais em face da pretensão punitiva. A dimensão concreta da aplicação do texto constitucional deve ser assumida pelo intérprete, para que se possam minimizar os efeitos do sistema penal e suas facetas negativas, separando o idealismo (que somente afasta o intérprete da realidade) do real da vida e construindo, a partir de uma postura questionadora, um concreto jurídico com base nesta realidade.

Nesta direção, adverte Martin Heidegger que:

Todo questionar é um buscar. Toda busca retira do que se busca a sua direção prévia. Questionar é buscar cientemente o ente naquilo que ele é e como ele é. A busca ciente pode transformar-se em “investigação” se o que se questiona for determinado de maneira libertadora⁷

Na caminhada deste trabalho, almeja-se que a crítica aos temas propostos possa atender às necessidades da tutela dos direitos fundamentais.

Conclusão

Na pré-modernidade, a reverência religiosa foi o vetor de todas as motivações humanas. Havia a fixidez das relações sociais. As pessoas se enxergavam tão somente enquanto criaturas destinadas aos desígnios divinos. A punição tinha o significado de profanação à vontade sagrada.

Com a modernidade, o quadro se modificou. Instaurou-se o paradigma do fluxo das relações humanas, com a ruptura das concepções voltadas exclusivamente para a veneração de Deus. Surgiu a noção da individualidade, com a percepção de aspirações diferentes daquelas apregoadas pelo temor ao absoluto. Sedimentou-se a dimensão da racionalidade, com o homem se sentindo capaz, através da ciência, de explicar o sentido do mundo e de controlar o seu futuro em busca da felicidade. Houve todo um enfoque voltado para a visão projetada do mundo.

A punição social passou a fazer parte da idéia de controle social. O desenvolvimento das riquezas industriais fez que, na idéia da punição, fosse incorporada a racionalidade econômica. Respondeu-se à necessidade de disciplina para o trabalho com o surgimento da prisão e a preservação do corpo dos punidos. A modernidade penal tem, nesta limitação punitiva de aparência humanitária, uma de suas características mais acentuadas.

Para acompanhar os interesses de progresso, foram engendradas explicações penais para justificar o domínio da razão, com a ponderação do utilitarismo punitivo para que a felicidade social pudesse ser atingida. Apareceu a ideologia da defesa social como projeto penal da burguesia, detentora, na modernidade, dos interesses políticos dominantes.

Buscou-se na seara penal, o desenvolvimento científico do controle social racional do humano para atender às promessas da modernidade. O seu insucesso deu ensejo a frustrações e a questionamentos, principalmente, por intermédio dos estudos da criminologia crítica.

Neste quadro, o paradigma etiológico da criminologia foi substituído pelo paradigma criminológico da reação social. A ideologia da defesa social revelou-se a base para que ideais autoritários pudessem ser racionalmente fortalecidos e, embora seus postulados

⁷ *Ser e tempo*, p. 40.

tenham sido desqualificados pela criminologia crítica, eles permanecem muito presentes no cotidiano da sociedade.

Dentre os instrumentos colocados à disposição da sociedade para suavizar o avanço de posturas autoritárias manifestadas pelo controle político, destaca-se a formação do Estado Democrático de Direito. Neste modelo, a função judicial é colocada como uma das responsáveis pela tutela dos direitos fundamentais, mesmo que tal signifique o confronto com os interesses políticos da maioria.

Neste passo, a atuação do juiz criminal, legitimado pela defesa dos direitos fundamentais e compromissado com os valores constitucionais, ganha relevância. Formar a norma constitucional para o caso penal através da leitura interpretativa do texto constitucional se torna o maior desafio para a atividade judicial. O exercício do controle da constitucionalidade, no desempenho das funções do Estado, é dever jurisdicional.

Na formação da norma constitucional, assinala-se a impossibilidade de separar o contexto social do texto normativo. A subjetividade se insere na compreensão de tudo aquilo que é observado. Inexiste a pureza do observador. A relação estabelecida entre o magistrado e a formação da norma é a de sujeito-sujeito. Apresenta-se de fundamental relevância a consciência da impossibilidade da neutralidade humana.

O compromisso de proteção constitucional aos direitos fundamentais permite o surgimento do projeto do garantismo penal. A defesa dos hipossuficientes perante o Estado Penal, com a preocupação da redução dos danos causados por este, com o efetivo controle constitucional, se torna um objetivo na formação da norma constitucional, buscando-se a dignidade humana como valor maior.

A perseguição ideal de um direito penal mínimo, facilitado pelo apoio de um sistema processual acusatório, no qual os direitos fundamentais possam ser protegidos, são metas do garantista, que, a cada nova perspectiva fática, projeta novas necessidades de tutela.

Não pode ser ignorado que o garantismo, embora instrumento de limitação à intervenção punitiva do Estado, se constitui em criação racional, estando sujeito às mesmas mazelas que acometem a racionalidade.

A aplicação garantista está sob a responsabilidade humana, logo, sofre incontáveis influências da realidade, ainda mais quando se percebe que o humano sentimento de insegurança, evoca o crescimento do medo e o conseqüente incremento da intolerância punitiva.

O sentimento de intolerância é excludente de uma interpretação, na qual, a proteção aos direitos fundamentais seja o desiderato. Neste cenário, é possível vislumbrar a construção da norma de proteção vinculada a uma espécie de inversão ideológica de suas finalidades declaradas.

A inversão ideológica é retratada nos estudos da teoria crítica dos direitos humanos. Excessiva abstração teórica sobre a realidade, a falta de um olhar social e valorativo para os problemas que aparecem, a ausência de efetividade dos direitos humanos, a fragmentação da idéia dos direitos humanos decorrente da complexidade social e a ingênuo confiança no ordenamento jurídico, se constituem em fatores que têm o poder de permitir a naturalização da violação concreta aos direitos humanos.

Também é o que ocorre na inversão ideológica do discurso garantista. Através da interpretação de institutos constitucionais, há a subversão das finalidades das normas constitucionais de conteúdo garantidor com a fática ampliação do sistema penal, permitindo-se a abertura de caminhos para facilitar a criminalização secundária. São utilizados fundamentos que deveriam servir para limitar o Estado Penal com o resultado de ampliação da atuação deste.

Com a inversão ideológica, os postulados do Estado Democrático de Direito são manipulados para permitir, sob a proteção da formalidade do discurso garantista, a concretização de violações penais aos direitos fundamentais sob a influência de conceitos gerados pela ideologia da defesa social.

São identificadas duas formas de inversão ideológica do discurso garantista. A primeira modalidade (construção da norma sem a flexibilização necessária para a efetivação da garantia) manifesta-se por meio da formação positivista do jurista, que realiza operação interpretativa mecanicista na formação da norma constitucional ao invés de efetivar o necessário alargamento interpretativo do texto constitucional para compreender a proteção aos direitos fundamentais.

Já a segunda modalidade (construção da norma sem a rigidez necessária para a efetivação da garantia) é fruto da tentativa de se enfraquecer os postulados garantistas em favor da pretensa necessidade de se alcançar a justiça social por intermédio da tutela penal. Usa-se a justificativa do interesse social e da proteção a bens jurídicos para se amparar a ampliação penal.

A inversão ideológica do discurso garantista pode ser constatada no processo penal aplicado no Brasil. Diversos institutos processuais têm a sua aplicação subvertida, retirando-se dos mesmos, o caráter garantidor a que foram destinados, com o retrato de posturas ligadas ao autoritarismo penal.

Defende-se que o intérprete, compromissado com a Constituição Federal, necessita estar alerta para este mecanismo facilitador da intervenção punitiva. Acredita-se que a resistência constitucional é o maior desafio. Os direitos fundamentais devem ser respeitados, com a concretização dos mandamentos constitucionais manejados pelos operadores do direito. O controle da constitucionalidade é medida que, a cada momento, deve ser usada sempre com leituras renovadoras da integralidade dos direitos fundamentais frente ao Estado Penal.