

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

GUSTAVO HENRIQUE DE ANDRADE CORDEIRO

**GARANTISMO PENAL INTEGRAL: O INSTRUMENTO DE
PROTEÇÃO SUFICIENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
INDIVIDUAIS E COLETIVOS.**

MARÍLIA
2018

GUSTAVO HENRIQUE DE ANDRADE CORDEIRO

**GARANTISMO PENAL INTEGRAL: O INSTRUMENTO DE
PROTEÇÃO SUFICIENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
INDIVIDUAIS E COLETIVOS.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM, para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Orientador:

Prof. Dr. Roberto da Freiria Estevão.

MARÍLIA
2018

CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade.

Garantismo integral: o instrumento de proteção penal suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos/ Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro; Orientador: Prof. Dr. Roberto da Freiria Estevão;
122 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Garantismo penal integral 2. Direitos fundamentais 3. Vedação da proteção insuficiente 4. Direito penal 5. Princípio da proporcionalidade.

CDD:341.6

À pequena Laura, filha amada, desde muito antes de sua concepção, em quem me deleito.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus Trino e Eterno, na pessoa do Pai, o Grande Eu Sou, de nosso Senhor Jesus Cristo e do Espírito Santo, por ter, soberanamente, decretado todas as coisas conforme o conselho de sua vontade (Efésios 1.11).

Ao Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, meu segundo lar, instituição a quem devoto minha perpétua gratidão por ter me propiciado, por meio da oferta de ensino jurídico de reconhecida e indiscutível qualidade, na Graduação (2005-2009) e no Mestrado (2017-2018), a realização de meus maiores sonhos profissionais: ser Promotor de Justiça e Professor Universitário.

Ao Ministério Público do Estado de São Paulo, verdadeira reserva moral deste país, por ter me convocado, em um compromisso vitalício, como um de seus soldados para cumprir sua maior missão constitucional: a intransigente defesa dos interesses da sociedade.

Ao meu orientador, Dr. Roberto da Freiria Estevão, a quem devoto amor de filho adotivo, homem responsável por me despertar o desejo de ser Promotor de Justiça e Professor Universitário, que, graciosamente, não poupou esforços para que todos estes sonhos se tornassem realidade, o que me torna seu eterno servo (*doulos*) e devedor insolvente de cédula impagável.

Aos estimados examinadores Edinilson Donisete Machado, a quem devo perene gratidão por confiar em minha vocação para a docência, e Rafael Salatini de Almeida, erudito mestre de admirável humildade, pelas justas admoestações e valiosas contribuições, imprescindíveis ao enriquecimento do presente trabalho.

À minha esposa Carla, porque “muitas mulheres procedem virtuosamente, mas, tu, a todas sobrepujas” (Provérbios 31.29).

A Anália e Elzio, amados pais, pelos imensuráveis amor, cuidado e carinho, desde a concepção, não menos pela rígida e justa correção e, especialmente, pela instrução nos eternos caminhos de Cristo, aos quais pude retribuir parcela disto por intermédio do incomparável deleite de os tornar avós de uma linda menina.

Ao irmão Guilherme, meu primeiro presente, pelo exemplo de bondade, de generosidade e de compaixão ao próximo, que inspira e ensina seu irmão mais velho.

A Rosana e Edson, pais de minha esposa, por terem, desde sempre, acolhido-me como filho.

À saudosa memória de Francisco, meu primeiro, maior e mais importante mestre, e de Neuza, avós amados que me ensinaram as primeiras letras, inculcando-me a convicção

de que somente pela dedicação ao ensino formal seria possível vencer na vida, os quais, seguramente, muito se orgulhariam em contemplar cada uma das conquistas de seu primogênito neto.

Aos valorosos colegas de Ministério Público, servidores e estagiários das Promotorias de Justiça de Martinópolis, Itapeva e de Marília, cuja colaboração foi fundamental e indispensável à realização dos créditos do programa de mestrado e à elaboração desta dissertação, devoto minha gratidão pela lealdade, pelo altruísmo e pela dedicação de cada um.

Aos pastores Gilsomar Manso Amaral e Messias José dos Santos, pelo zelo com que anunciam, diuturnamente, a sã doutrina, pela introjeção das *Doutrinas da Graça* em nosso lar, pelo pastoreio de minha família, pelas incessantes orações e pelo amor, admoestação e amizade que sempre nos dispensaram.

Finalmente, a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a viabilização deste trabalho e, conseqüentemente, à realização de mais um sonho, estendo, semelhantemente, minha mais elevada e sincera gratidão.

“Se a nossa esperança em Cristo se limita apenas a esta vida, somos os mais infelizes de todos os homens. Mas, de fato, Cristo ressuscitou dentre os mortos, sendo ele as primícias dos que dormem. Visto que a morte veio por um homem, também por um homem veio a ressurreição dos mortos. Porque, assim, como, em Adão, todos morrem, assim, todos serão vivificados em Cristo. Cada um, porém, em sua própria ordem: Cristo, as primícias; depois, os que são de Cristo, na sua volta”.

1ª Carta de Paulo aos Coríntios 15.19-23.

CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. **Garantismo penal integral: o instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos**. 2018. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2018.

RESUMO

A presente dissertação tem por propósito a investigação do sentido e do alcance da teoria do garantismo penal e do princípio da proporcionalidade incidente sobre o direito de punir do Estado, correlacionando-os à evolução da teoria dos direitos fundamentais do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Pretende-se, com isso, a releitura – consentânea aos ditames do Estado Democrático de Direito – da teoria do garantismo penal, até então apresentada apenas em seu viés negativo, trazendo à baila a ideia de garantismo integral, com a aglutinação de uma face positiva em sua estrutura, consistente no direito prestacional à proteção suficiente dos cidadãos por parte do Poder Público. Sem embargo e por via de consequência, o princípio da proporcionalidade deve ser readequado à nova ordem jurídica, deixando de apenas coibir a hipertrofia punitiva, para passar, semelhantemente, a proibir a proteção deficiente do Estado em favor da sociedade, consagrando o direito fundamental social à segurança. Assim, intenciona o presente trabalho a sedimentação do conceito de garantismo integral e da propagação da nova face do princípio da proporcionalidade: da vedação da proteção insuficiente. Alinha-se esta obra à linha de pesquisa “crítica aos fundamentos da dogmática jurídica”, na área de concentração “Teoria do Direito e do Estado”. Empregar-se-á o método dedutivo, optando-se pela pesquisa bibliográfica como procedimento metodológico para a realização deste trabalho.

Palavras-chave: 1. Garantismo penal integral 2. Direitos fundamentais 3. Vedação da proteção insuficiente 4. Direito penal 5. Princípio da proporcionalidade.

CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. **Garantismo penal integral: o instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos**. 2018. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2018.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to investigate the meaning and scope of the theory of criminal guaranty and the principle of proportionality concerning the right to punish the State, correlating them with the evolution of the theory of fundamental rights of the Liberal State to the Democratic State of Law. It is intended, therefore, to re-read - according to the dictates of the Democratic State of Law - the theory of criminal guaranty, hitherto presented only in its negative bias, bringing up the idea of integral garantism, with the agglutination of a positive face in its structure, consisting of the entitlement right to the sufficient protection of the citizens by the Public Power. However, and as a consequence, the principle of proportionality must be readjusted to the new legal order, from no longer restraining punitive hypertrophy, to similarly prohibit the poor protection of the State in favor of society, enshrining the fundamental social right the security. Thus, the present work intends to sediment the concept of integral garantism and the propagation of the new face of the principle of proportionality: from the insufficient protection. This work is aligned with the line of research "critical to the foundations of legal dogmatics", in the area of concentration "Theory of Law and State". The deductive method will be used, opting for bibliographical research as a methodological procedure for the accomplishment of this work.

Keywords: 1. Comprehensive criminal guarantee 2. Fundamental rights 3. Insufficient protection seal 4. Criminal law 5. Principle of proportionality.

CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. **Garantismo penal integral: o instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos**. 2018. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2018.

RESUMEN

La presente disertación tiene por propósito la investigación del sentido y del alcance de la teoría del garantismo penal y del principio de proporcionalidad incidente sobre el derecho de castigar al Estado, correlacionándolos a la evolución de la teoría de los derechos fundamentales del Estado Liberal al Estado Democrático de Derecho. Se pretende, con ello, la relectura - acorde a los dictámenes del Estado Democrático de Derecho - de la teoría del garantismo penal, hasta entonces presentada apenas en su sesgo negativo, trayendo a la baila la idea de garantismo integral, con la aglutinación de una cara positiva en su estructura, consistente en el derecho proporcional a la protección suficiente de los ciudadanos por parte del Poder Público. Sin embargo y por vía de consecuencia, el principio de proporcionalidad debe ser adaptado al nuevo orden jurídico, dejando de apenas cohibir la hipertrofia punitiva, para pasar, igualmente, a prohibir la protección deficiente del Estado en favor de la sociedad, consagrando el derecho fundamental social a la seguridad. Así, intenciona el presente trabajo la sedimentación del concepto de garantismo integral y de la propagación de la nueva cara del principio de proporcionalidad: del vedamiento de la protección insuficiente. Se alinea esta obra a la línea de investigación "crítica a los fundamentos de la dogmática jurídica", en el área de concentración "Teoría del Derecho y del Estado". Se empleará el método deductivo, optando por la investigación bibliográfica como procedimiento metodológico para la realización de este trabajo.

Palabras-llave: 1. Garantismo penal integral 2. Derechos fundamentales 3. Sello de la protección insuficiente 4. Derecho penal 5. Principio de proporcionalidad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
1.1 Os antecedentes históricos ao reconhecimento formal da existência de direitos humanos e fundamentais.....	19
1.2 Definição e crítica à divisão dos direitos humanos e fundamentais em gerações ou dimensões.....	21
1.3 O regime jurídico de proteção de direitos fundamentais no Estado Liberal: a prevalência da tutela de interesses individuais.....	22
1.4 O regime jurídico de proteção de direitos fundamentais no Estado Social: a prevalência da tutela de interesses sociais.....	28
1.5 O regime jurídico de proteção de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito: a prevalência da tutela de interesses metaindividuais.....	35
1.6 A relevância da assimilação dos modelos de Estado e das dimensões dos direitos fundamentais para a compreensão do garantismo penal integral.....	42
CAPÍTULO 2 – O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
2.1 A função do Direito Penal pelos séculos	44
2.1.1 O direito penal nos povos autóctones.....	44
2.1.2 O direito penal na Idade Antiga e na Idade Média.....	46
2.1.3 O direito penal na Idade Moderna.....	47
2.1.4. A função do direito penal: da proteção a direitos subjetivos à proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos.....	48
2.2 Princípios constitucionais penais de um Estado Democrático de Direito	51
2.2.1 O papel dos princípios no sistema jurídico pós-positivista.....	51
2.2.2. Dignidade da pessoa humana.....	52
2.2.3. Legalidade.....	53
2.2.4. Intervenção mínima.....	55
2.2.5. Individualização da pena.....	56
2.2.6. Humanidade.....	57
2.2.7. Exclusiva proteção dos bens jurídicos.....	57
2.3 A aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal: da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente	58
2.3.1. O histórico e a estrutura normativa do princípio da proporcionalidade.....	59
2.3.2. Proibição do excesso: a vetusta e consolidada face do princípio da proporcionalidade.....	60
2.3.3. Proibição do proteção insuficiente: a novel face do princípio da proporcionalidade.....	63
CAPÍTULO 3 – O GARANTISMO PENAL INTEGRAL.....	69
3.1 A teoria do garantismo penal.....	69
3.2 O garantismo penal brasileiro.....	76
3.3 Do garantismo penal negativo ao garantismo penal positivo: a busca pelo garantismo penal integral.....	83

3.4 O garantismo penal integral como instrumento de proteção aos direitos fundamentais individuais e coletivos.....	87
3.4.1 A função do direito penal de proteção dos direitos fundamentais individuais dos sujeitos passivos da infração penal.....	88
3.4.2. O A função do direito penal de proteção dos direitos fundamentais sociais.....	94
3.4.3. O garantismo integral como instrumento de proteção do direito fundamental à segurança.....	100
3.4.4. A função do direito penal (e do processo penal) de proteção dos direitos fundamentais individuais dos investigados e acusados.....	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Trata-se da dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, objetivando a obtenção do Título de Mestre em Direito, cuja área de concentração é Teoria do Direito e do Estado e a linha de pesquisa “crítica aos fundamentos da dogmática jurídica”.

Uma das grandes conquistas do Estado Liberal, após a queda do absolutismo monárquico, foi a consolidação do reconhecimento, por parte do Estado, de uma gama de direitos aos seus cidadãos, conhecidos como direitos fundamentais.

O grande avanço se deu porque, até então, o Estado era personificado na pessoa de seu governante, o qual era revestido de poderes ilimitados em face de seus cidadãos, inclusive com poder de disposição sobre os mais caros bens jurídicos de seu povo, a exemplo da vida, da incolumidade física e da liberdade.

A nova ordem jurídica surge, então, a partir da edição de documentos legislativos, dotados de eficácia normativa, que estabeleceram limitações dos próprios poderes estatais em prestígio aos direitos de seu povo, mitigando-se sensivelmente a ingerência estatal no âmbito das liberdades individuais.

Consagra-se, nesse diapasão, o novo paradigma liberal da primazia da lei, trazendo consigo o consectário da impessoalidade, emergindo a ideia de que somente um documento normativo de natureza geral e abstrata seria capaz de tratar todos de forma semelhante, impedindo-se privilégios e detrimientos legalmente injustificados.

Neste primeiro momento, todavia, ressalte-se que o Estado Liberal reconhecia tão somente direitos negativos consistentes em liberdades individuais, que não poderiam ser violadas inadvertidamente pelo Poder Público sem motivo legalmente justificado. Vale dizer, o Estado Liberal impôs a si mesmo o dever de não intervir na esfera de alguns direitos individuais da pessoa.

Afirma-se, pois, que essas liberdades negativas reconhecidas pelo Estado Liberal, são direitos de primeira dimensão, a saber, os civis e políticos, a exemplo da vida, da liberdade e do patrimônio privado.

Nesse contexto, sob o prisma do Direito Penal, assume o princípio da proporcionalidade o importante papel de mecanismo proibitivo da hipertrofia punitiva, assegurando-se aos infratores da norma a imposição de sanções razoáveis e consonantes à reprovabilidade da conduta praticada, consagrando a noção de garantismo negativo.

Com o passar das décadas, o liberalismo revelou a ocorrência de distorções sociais, constatando-se que muitas pessoas, mesmo tendo sido tratadas rigorosamente de forma igualitária pelo Estado – sob o prisma formal –, permaneciam desequiparadas quanto aos direitos em relação à outra parcela da população.

Tornou-se, pois, necessária a atuação proativa do Estado em favor de parcela de seu povo para corrigir as assimetrias, com o nítido propósito de promover o viés substancial da igualdade enquanto axioma social.

Surgem, então, os direitos fundamentais de segunda dimensão, de natureza prestacionais, quais sejam, os direitos sociais, econômicos e culturais, que demandam do Estado não somente seu reconhecimento normativo e aplicabilidade imediata, mas a sua efetiva materialização em prestações positivas de natureza obrigacional, plenamente exigíveis e justicáveis em caso de descumprimento.

Validamente, como um dos direitos sociais consagrados no artigo 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, está o direito à segurança.

De efeito, o reconhecimento constitucional do direito social à segurança impõe aos entes federativos a intransigente salvaguarda de seus cidadãos em face de ataques intoleráveis praticados por agentes públicos e também por particulares, exigindo não apenas a repressão suficiente por fatos pretéritos, mas, em especial, a implementação de mecanismos proativos de profilaxia para assegurar a segurança da sociedade enquanto direito fundamental.

Emerge-se, assim, sob este prisma, um novel viés do princípio da proporcionalidade, agora com natureza prestacional, assegurando aos cidadãos a promoção e a concretização em favor da coletividade o direito social à segurança, com mecanismos suficientemente eficazes e rígidos para a efetiva proteção da prerrogativa à baila.

Somente a partir de então, o conceito de garantismo penal assume o caráter de garantismo integral, porquanto exige do Poder Público que não se exceda no regular exercício do *jus puniendi* (viés negativo) e que, especialmente, proteja suficientemente seus cidadãos (viés positivo) em face do próprio ente estatal e, também, de eventuais insurgências intoleráveis por parte de terceiros particulares.

A literatura acerca do tema consiste, em síntese, em doutrinas jurídicas, em manuais e artigos científicos publicados, quer em apartado, quer como capítulo avulso de publicação coletiva.

Dentre os objetivos deste projeto, devem ser elencados a análise da evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, passando pelo Estado Social, correlacionando-os à consequente evolução dimensional da teoria dos fundamentais.

Nesse diapasão, necessário, também, identificar a maneira como o Estado assegurou os direitos fundamentais aos seus cidadãos por meio dos tempos, desde a inicial abstenção negativa na esfera das liberdades individuais até a consolidação de sua atuação comissiva na concretização dos direitos prestacionais.

No âmbito da Teoria dos Direitos Fundamentais, convém, ainda, avaliar o papel do princípio da proporcionalidade enquanto postulado normativo orientador não apenas da atuação típica do Poder Judiciário e do Poder Executivo, mas também da própria atividade legislativa, restringindo o seu espaço de conformação.

Por via de consequência, imprescindível investigar as diferentes facetas de incidência do princípio da proporcionalidade na esfera dos direitos fundamentais do cidadão, a saber, a proibição da hipertrofia punitiva e a vedação da proteção insuficiente do Estado.

Sem prejuízo, pretende-se contribuir para a sedimentação do novel mecanismo de controle de constitucionalidade das omissões e das ações insuficientes do Estado na promoção dos direitos prestacionais, qual seja, a declaração da inconstitucionalidade dos atos estatais que violarem o Princípio da vedação da proteção insuficiente.

Finalmente, concluída a pesquisa e devidamente avaliada, pretende-se contribuir com a comunidade acadêmica e jurídica por meio da publicação científica do trabalho.

Expostos os objetivos gerais e específicos deste trabalho, passa-se à avaliação da problemática que envolve o tema em estudo.

O garantismo penal, analisado exclusivamente sob o prisma negativo, é suficiente para salvaguardar integralmente os interesses do corpo social?

Coibir tão somente a hipertrofia punitiva estatal é o quanto basta para se assegurar à sociedade a efetiva implementação de seus direitos fundamentais em sentido amplo?

Sob a forma de duas indagações, identifica-se o primeiro problema a ser abordado no presente trabalho: o que é o garantismo penal integral?

Nada obstante, impõe-se o consequente questionamento: o princípio da proporcionalidade, enquanto postulado norteador do *jus puniendi* estatal, possui um único viés ou se reveste de outras faces distintas?

Existe um perfeito juízo de proporcionalidade, em sentido estrito, na exclusiva coibição dos excessos, sem impingir ao Estado uma contrapartida prestacional consistente na obrigação de proteger o corpo social de forma suficientemente eficaz?

Mostra-se, assim, quais são os temas centrais do presente trabalho: a zelosa investigação acerca do sentido, do alcance e das facetas bilaterais do garantismo penal e do princípio da proporcionalidade.

Pois bem. Infere-se, em juízo de cognição sumária, que circunscrever o garantismo penal ao seu viés negativo na atual ordem jurídica é insuficiente, porque, muito embora o respeito do Poder Público às liberdades individuais em um Estado Democrático de Direito seja fundamental, não é o quanto basta.

Lado outro, conceber o princípio da proporcionalidade como aquele que tão somente impede o Estado de ir além do devido no direito de punir é igualmente deficiente frente ao direito social prestacional à segurança que assiste a cada cidadão.

Noutras palavras, vale dizer: punir bem não é punir muito, mas, tampouco, punir pouco, senão na exata medida da razoabilidade.

Ora, sustentar o garantismo puramente negativo equivaleria a se conformar com um garantismo claudicante, que exige do Estado tão somente que não se exceda, pouco se importando com a sua omissão ou com sua atuação deficiente na proteção dos mais caros bens jurídicos de seus cidadãos.

Semelhantemente, interpretar o princípio da proporcionalidade apenas como o vetor que proíbe o exagero nos meios de punição importa olvidar o direito de cada cidadão consistente em obter uma resposta estatal suficientemente firme diante da prática de um ilícito penal.

Dessa forma, pretende o presente trabalho investigar dialeticamente os temas identificados para, ao final, responder aos questionamentos formulados conclusivamente.

A justificativa do presente trabalho reside na premente necessidade hodierna de releitura da teoria do garantismo penal e do próprio princípio da proporcionalidade à luz do Estado Democrático de Direito.

A preocupação liberal com os excessos praticados pelo Estado no Antigo Regime se revela como o pano de fundo das construções teóricas que pretendem estabelecer freios ao direito de punir do Estado.

O princípio da proporcionalidade surge, então, como verdadeiro vetor norteador do Poder Público, notadamente na atividade legislativa, coibindo-se invasões arbitrárias e desmedidas na esfera das liberdades individuais.

Todos esses conceitos, dentre muitos outros, influenciaram a criação do chamado garantismo penal, que, em um primeiro momento, foi assimilado restritivamente à limitação ao poder de punir estatal, em contraste com o máximo prestígio às liberdades individuais.

Todavia, com o advento do Estado Democrático de Direito, a ideia de salvaguarda exclusiva das liberdades individuais se torna obsoleta diante do surgimento de uma gama de direitos que pertencem a todo o corpo social.

Torna-se, então, imprescindível implementar uma face positiva àquele garantismo penal, assegurando a toda a sociedade uma proteção suficiente em detrimento de possíveis ataques intoleráveis de terceiros.

Nesse diapasão, conclui-se que o garantismo penal integral reclama a aglutinação de sua face positiva àquele vetusto e insuficiente viés negativo, não se satisfazendo com a mera implementação de meios idôneos para frear os excessos.

O reconhecimento, assim, da existência de um garantismo positivo exigirá do Estado que lance mão de meios aptos à prevenção de infrações penais, sem embargo do manejo de mecanismos legislativos suficientemente idôneos à retribuição do mal praticado, prestigiando o direito fundamental social à segurança.

A relevância do tema consiste na sugestão de uma releitura crítica do princípio da proporcionalidade e da teoria do garantismo penal, hoje concebidos por grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras sob um prisma unicamente negativo e, por isso, claudicante: a proibição da hipertrofia punitiva, olvidando-se de suas demais facetas igualmente relevantes.

Incumbe, pois, ao presente trabalho expor o viés até então olvidado do princípio da proporcionalidade: a proibição da proteção deficiente, fazendo emergir a ideia de um garantismo integral que assegure aos cidadãos não apenas a proteção contra os excessos estatais, mas, em especial, direito prestacional à segurança individual a ser concretizado pelo Poder Público.

É necessário deixar claro que o presente trabalho, longe de propugnar pela vigência de um Estado polialesco de exceção, supressor de direitos e garantias fundamentais, pretende, ao revés, conjugar a intransigente, necessária e inegociável defesa dos interesses individuais dos investigados e acusados em geral, com a eficiente tutela dos direitos

fundamentais individuais, sociais e coletivos protegidos como objeto jurídico das normas penais.

Nada obstante, a par da relevância teórica sobredita, não se pode perder de vista a relevância social do tema proposto, na medida em que traz à luz uma prerrogativa imanente à toda sociedade.

Assim, a presente pesquisa pretende contribuir para o avanço do conhecimento do tema, na medida em que pretende propagar à comunidade acadêmica e jurídica o novo viés – até então pouco prestigiado – do princípio da proporcionalidade: a vedação da proteção insuficiente.

Metodologicamente, o procedimento do presente trabalho será fundamentalmente lastreado em pesquisa bibliográfica de autores que já dissertaram acerca do tema principal e de assuntos correlatos que o tangenciam. O desenvolvimento do método de abordagem terá viés preponderantemente dedutivo, com o manejo de instrumentos dialéticos e sistêmicos.

CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo, trabalhar-se-á a evolução histórica da teoria dos direitos fundamentais, iniciando-se com os antecedentes históricos ao formal reconhecimento da existência a respeito de direitos humanos ou fundamentais pela ordem jurídica internacional, com a necessária avaliação de cada dimensão de direitos humanos, em correspondência com o modelo de Estado vigente à época.

Validamente, pretende-se realizar breves considerações acerca do Estado Liberal de Direito, passando pelo Estado Social, para, então, chegar ao Estado Democrático de Direito, avaliando a evolução da teoria dos direitos fundamentais em cada um dos modelos.

Finalmente, deseja-se esclarecer a importância da assimilação dos modelos de Estado e das dimensões dos direitos fundamentais para a adequada compreensão a respeito da teoria do garantismo penal integral.

1.1 Os antecedentes históricos ao reconhecimento formal da existência de direitos humanos e fundamentais

Os antecedentes históricos mais remotos que serviram de fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana, com o reconhecimento da existência de direitos universais inerentes à condição de pessoa, remontam ao período entre os séculos VII a II a. C., a partir dos pensamentos de Buda, Confúcio, Pirágoras e Dêutero-Isaiás, oportunidade em que o ser humano passou a ser considerado um ser dotado de liberdade e razão, especialmente identificados por uma igualdade essencial, nada obstante das múltiplas diferenças (COMPARATO, 2001, p. 8).

A sedimentação dos princípios do cristianismo¹ no mundo ocidental, no entanto, tem sido apontada como o impulso determinante para reconhecimento de dignidade à pessoa humana, emergindo a necessidade de especial proteção, devido ao reconhecimento de seu alto valor intrínseco, que deflui de duas premissas bíblicas fundamentais: i) a criação do homem à imagem e semelhança de Deus; e ii) o fato de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la (BRANCO; MENDES, 2012).

¹ É de se considerar que o cristianismo foi adotado como religião oficial do Império Romano em 380 d.C. pelo imperador romano Teodósio, data a partir da qual os princípios cristãos passaram a ser difundidos com maior profundidade e densidade.

Robert Alexy (2005, p. 32), semelhantemente, invoca a exegese do Apóstolo Paulo de Tarso, em Gálatas 3.28, como uma importante declaração universal de igualdade (“não há judeu, nem grego, não há varão, nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus).

O marco histórico mais próximo quanto à existênica de direitos fundamentais da pessoa humana se reporta à Magna Carta de 1215 do Rei João Sem Terra, documento que, apesar de, inicialmente, ter sido um mero pacto concessivo de privilégios à classe de barões, passou a ser reconhecida, posteriormente, como carta de direitos (TAVARES, 2012, p. 485).

Cuida-se, a propósito, de documento fundamental para a história do constitucionalismo, que houve por bem reconhecer a fundamentalidade de direitos assegurados pelas Constituições dos países democráticos até os dias hodiernos, a exemplo do direito ao devido processo legal.

Sucederam-se a isto, outros diplomas de elevada relevância na progressiva evolução história dos direitos humanos e fundamentais, como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of rights*, de 1689, na Inglaterra, e a Declaração da Virgínia, de 1776, e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

Na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, documento que sucede à Revolução Francesa, fortemente influenciado pelas declarações norte-americanas, é o marco histórico para a inauguração da era que passaria a afirmar a universalidade de uma determinada gama de direitos que seriam reconhecidos a todos os seres humanos, sem acepção.

Todavia, foi a partir do fim da segunda guerra mundial que a comunidade internacional passou a voltar suas atenções para a consolidação de uma gama de direitos inerentes à pessoa humana.

Neste diapasão, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, passa-se a se sedimentar a existência de uma doutrina de direitos humanos, com a edição de diversos documentos internacionais com força normativa aos Estados que o subscreverem, influenciando suas ordens jurídicas internas, com a positivação destes direitos humanos no arcabouço legislativo de cada país, em suas Constituições e leis ordinárias.

Após essa breve síntese histórica, é pertinente compreender as razões da divisão didática dos direitos fundamentais ter sido realizada em gerações ou dimensões para, somente depois, ingressar na análise da evolução da teoria dos direitos fundamentais reconhecidos em cada modelo de Estado.

1.2 Definição e crítica à divisão dos direitos humanos e fundamentais em gerações ou dimensões

A divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, cujo caráter é essencialmente didático, revela a ordem cronológica do reconhecimento jurídico e da afirmação dos direitos fundamentais no tempo, à medida que, gradualmente, passam a emergir novas carências do ser humano, decorrentes em razão da mudança das condições sociais.

Inicialmente, contudo, antes de ingressar na efetiva avaliação a respeito das dimensões dos direitos fundamentais em espécie, é importante esclarecer a divergência existente quanto à nomenclatura *gerações* ou *dimensões*.

Longe de se tratar de mero jogo de palavras ou de expressões que encerram idênticas sinonímias, há forte carga distintiva que pode justificar a predileção por um dos vocábulos em detrimento do outro.

Consigne-se que a expressão *geração* foi cunhada inicialmente por Karel Vasak, em 1979, que teve por propósito demonstrar a evolução dos direitos fundamentais demonstrando que cada categoria foi reconhecida e edificada em um momento histórico próprio, correlacionando cada qual aos valores *liberdade, igualdade e fraternidade*, lema da Revolução Francesa (BONAVIDES, 2004, p. 563).

Todavia, a expressão *geração* tem sido preterida, por parte da doutrina, pela expressão *dimensão*, por não se tratar de uma substituição gradativa de direitos no tempo e no espaço, mas, sim, da incorporação dos novos direitos ao patrimônio jurídico já reconhecido e sedimentado na ordem jurídico-constitucional, sem solução de continuidade ou tendência ao retrocesso.

Esclarecidas as questões semânticas acima, é necessário consignar que a divisão dos direitos fundamentais em três principais dimensões foi, semelhantemente, abordada por Norberto Bobbio (2004, p. 9), havendo, atualmente, quem já defenda a existência de uma quarta e de uma quinta dimensão, conforme será visto ao final deste capítulo.

Convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal prestigia a teoria geracional dos direitos fundamentais, com a seguinte síntese (TAVARES, 2017, p. 55):

Os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades

positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, grifo não constante do original).

De fato, a divisão metodológica entre gerações ou dimensões de direitos fundamentais, essencialmente para fins didáticos, carece de precisão científica, notadamente porque não nasceram, necessariamente, no momento em que passaram a ser constitucionalmente protegidos, mas, sim, a partir de fatores sociais subjacentes à formalização de sua proteção constitucional (DIAS; MACHADO, 2017).

Portanto, mais importante do que prender-se à questionável classificação em gerações ou dimensões, impende esquadrihar de que forma cada modelo de Estado, desde o Liberal, passando pelo Estado Social, até o hodierno Estado Democrático de Direito, protegeu os direitos humanos e fundamentais, na ordem jurídico-constitucional interna e internacional, o que se pretende fazer doravante até o final do capítulo.

1.3 O regime jurídico de proteção de direitos fundamentais no Estado Liberal: a prevalência da tutela de interesses individuais

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm como marco histórico a Revolução Francesa, a partir de 1789, com queda do absolutismo monárquico e, por via de consequência, com a superação do denominado Antigo Regime, demarcando a passagem de um Estado autoritário para o primeiro protótipo de Estado Liberal de Direito.

A novel ordem jurídica emerge, então, com a publicação de documentos legislativos oponíveis a todos, especialmente aos governantes, munidos de eficácia normativa e vinculante, estabelecendo as limitações dos poderes do Estado e, consequentemente, reconhecendo um plexo de direitos aos indivíduos que o compõem.

Prestigia-se, neste sentido, um novo paradigma: a primazia da legalidade, com a absoluta vedação de privilégios ou detrimentos que exasperem os ditames legais, incorporando a impessoalidade e a igualdade formal como os seus principais *standards*, o que culmina por mitigar, significativamente, a ingerência estatal no âmbito das liberdades individuais.

A primeira dimensão de direitos fundamentais, neste diapasão, cujo lema característico é a *liberdade*, foi marcada pela outorga estatal de liberdades públicas consistentes em direitos negativos, oponíveis em face do Estado, em razão de existir, na época, uma única preocupação: a necessidade de reconhecimento de um plexo de direitos aos indivíduos que os protegesse da opressão do Estado.

Fala-se em direitos *negativos* em virtude de serem verdadeiro obstáculo à ingerência do Estado no patrimônio jurídico de cada pessoa, exigindo abstenções do governante consistentes em obrigações de *não fazer*, isto é, de não intervir na vida pessoal de cada indivíduo (BRANCO; MENDES, 2012, p. 205).

Os titulares destes direitos são os indivíduos, considerados *de per si*, assegurando semelhante proteção a todas as pessoas, sem distinção, pelo simples fato de pertencerem à espécie humana, não abrangendo, nesta fase, grupos de pessoas ou coletividades.

A primeira dimensão de direitos fundamentais é formada pelos direitos civis e políticos.

De efeito, são exemplos de direitos civis: o direito à vida, o direito geral à liberdade (de consciência, de crença, de opinião, de expressão e ambulatoria), o direito à propriedade, o direito à livre associação, o direito ao nome, a inviolabilidade de domicílio, dentre outros.

Já dentre os direitos políticos, destacam-se o direito ao voto e o direito a igual acesso aos cargos e funções públicas.

Os documentos históricos que antecederam este período foram a Magna Carta, de 1215, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1688, a Declaração da Virgínia, de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Neste momento histórico, a propósito, não havia o reconhecimento jurídico de direitos sociais propriamente ditos, o que se justifica em razão de a única preocupação que se tinha à época consistia no temor de ingerência do Estado sobre as liberdades públicas individuais.

A rigor, neste período, o enfoque da proteção jurídica era circunscrito à ideia de igualdade formal, com a crença de que o caráter universal e impessoal das leis doravante vigentes seria suficiente para evitar violências e arbitrariedades às liberdades individuais das pessoas, não se atentando tais pessoas, ainda, ser possível que a opressão provenha de outros poderes sociais de fato não ligados ao ente público.

Nada obstante, percebe-se, claramente, a existência embrionária de algum conteúdo social no constitucionalismo francês deste período, a exemplo da assistência aos

necessitados e do acesso à educação, assegurados pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (DIMOULIS, 2008, p. 35).

Projetando os direitos fundamentais de primeira dimensão sobre a ordem jurídica brasileira, percebe-se que sua primeira incorporação constitucional no Brasil ocorreu com a Constituição Imperial de 1824, outorgada por Dom Pedro I, que previu um rol de direitos civis e políticos à época, assegurando a proibição de prisões arbitrárias e tutelando a liberdade de locomoção, muito embora tenha mantido o instituto escravidão, cuja extinção somente se deu com a Lei Áurea, em 1888, e o sufrágio censitário, circunscrito aos cidadãos com condições econômico-financeiras.

Com a proclamação da República, em 1889, pelo Marechal Deodoro da Fonseca, é promulgada a primeira Constituição da República do Brasil, em 1891, sob o influxo da Constituição estadunidense de 1787, aprimorando, em relação à ordem constitucional antecedente, o catálogo de direitos fundamentais, ao abolir a pena de trabalhos forçados, de banimento e de morte, exceto, neste último caso, em caso de infrações militares em tempo de guerra.

Digna de nota, ainda, a previsão da garantia constitucional do habeas corpus, importantíssimo instrumento de salvaguarda à liberdade de locomoção, até então inédito na história constitucionalista brasileira.

Não se nota, com clareza, até a presente Constituição, a preocupação do poder constituinte com a promoção sistemática de direitos fundamentais de natureza social.

Após o fim da *República Velha*, com a tomada do poder pela Junta Militar e posterior entrega ao governo provisório comandado por Getúlio Vargas, em 1930, movimentos populares, como a Revolução Constitucionalista de 1932, e sociais por melhores condições de trabalho, conduziram à promulgação da Constituição de 1934, claramente influenciada pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, passando a reconhecer uma gama de direitos sociais.

Dentre os direitos civis e políticos por ela assegurados, a propósito, destacam-se a constitucionalização do voto feminino, com idêntico valor ao masculino e a instituição do voto secreto.

Nada obstante, passaram a ser reconhecidos, ineditamente, os remédios constitucionais do mandado de segurança e da ação popular, relevantes instrumentos de controle da Administração Pública na reivindicação de direitos fundamentais e de proteção da moralidade administrativa.

Depois de apenas três anos, com a superveniência do *Estado Novo*, período autocrático entre 1937 e 1945, o então Presidente da República, Getúlio Vargas, após dissolver o Congresso Nacional, outorga a Constituição de 1937², fortemente influenciada por diretrizes autoritárias e fascistas da Constituição Polonesa de 1935, cuja autoria intelectual foi do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, que, em apertada síntese: i) instituiu a pena de morte, dentre outras hipóteses, em caso de crimes políticos (artigo 122, item 13); ii) declarou o estado de emergência (artigo 186), suspendendo as garantias constitucionais (artigo 166, §2º); e atribuiu ao Presidente da República o poder de expedir *decretos-leis*, legislando livremente sobre todas as matérias de competência da União (artigo 180)³.

Com o fim do *Estado Novo*, o movimento de redemocratização do país conduz à promulgação da Constituição de 1946, que restabeleceu a vedação às penas de morte, salvo as disposições militares em tempo de guerra declarada, de banimento, de confisco e de caráter perpétuo.

Sem prejuízo, são repristinados os remédios constitucionais do mandado de segurança e da ação popular.

Finalmente, a mais relevante inovação constitucional da carta em exame foi a inserção do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, com a impossibilidade de exclusão, por lei, da apreciação da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, assegurando a tutela universal dos direitos fundamentais pela ampliação do acesso à justiça.

A ordem constitucional de 1946, contudo, foi suplantada pela Revolução Militar de 1964, a partir da edição do Ato Institucional nº 1/64, editado pelo Supremo Comando da Revolução, que outorgava a este órgão colegiado, consignada a expressa exclusão de seus atos de apreciação judicial, dentre outros poderes: i) a decretação do estado de sítio; ii) o poder de aposentar civis e militares; iii) a suspensão de direitos políticos; e iv) a cassação de mandatos legislativos.

Após o fechamento do Congresso Nacional em 1966, o Ato Institucional nº 4/66 o reabriu para a deliberação da Constituição de 1967 que, uma vez aprovada, previu, dentre outros dispositivos, a suspensão de direitos políticos por até 10 (dez) anos.

² FAUSTO, Boris. História do Brasil. 2 ed. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1995, p. 364-366.

³ BRASIL, República Federativa do. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 13 out 2018.

Sucedeu-se a isso a edição do Ato Institucional nº 5/68, que manteve a Constituição de 1967, com as modificações designadas pelo AI-5, destacando-se as seguintes disposições: i) autoridade ao Presidente da República para: i.i) decretar o recesso do Poder Legislativo em todos os âmbitos; i.ii) decretar a intervenção nos Estados e Municípios; i.iii) decretar o estado de sítio e prorrogá-lo; i.iv) decretar o confisco de bens em caso de indícios de enriquecimento ilícito; ii) suspensão dos direitos políticos por até 10 (dez) anos e cassação dos mandatos eletivos; iii) suspensão das garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade; iv) suspensão do habeas corpus, em caso de crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular.

Destaque-se, finalmente, que o AI-5 excluiu da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com Ato Institucional nº 5/68, inviabilizando o controle judicial dos atos praticados pelo Comando Militar.

A Emenda Constitucional nº 1/69, outorgada pela Junta Militar, em síntese, manteve em vigor o AI-5 e todos os demais atos institucionais publicados, não alterando de forma significativa o panorama dos direitos fundamentais à época.

Com a revogação do AI-5, em 1978 e a publicação da Lei de Anistia (Lei 6.683/79), houve intensificação do anseio de redemocratização do país, marcado pelo movimento “Diretas Já”, em 1984, cujo propósito popular foi a pretensão de repriminar a possibilidade de eleição direta para Presidente e Vice-Presidente da República.

A Emenda Constitucional nº 26/85, então, convoca a Assembleia Nacional Constituinte com o propósito de elaborar uma nova Constituição da República, cuja presidência incumbiu a Ulisses Guimarães, tendo sido, enfim, promulgada a denominada Constituição Cidadão em 05 de outubro de 1988.

Nossa atual ordem constitucional, com efeito, reservou especial preocupação com a tutela dos direitos fundamentais, o que se justifica pelo longo período autocrático vivenciado nas décadas anteriores à sua promulgação, marcado por supressões e restrições de direitos fundamentais individuais.

Validamente, insculpiu o poder constituinte originário um vasto e generoso rol de direitos fundamentais de natureza individual, logo no início do texto constitucional, especialmente nas dezenas de incisos do artigo 5º, da Constituição da República, tratando-se de direitos essencialmente civis, com suas respectivas garantias correlatas.

Acrescente-se a isso a inclusão, no indigitado dispositivo constitucional, de remédios constitucionais aptos à rápida e eficaz correção, em juízo, de uma lesão ou ameaça concreta a determinado direito fundamental de natureza individual.

Ilustrativamente, ao direito fundamental à liberdade ambulatoria, deflagrador da proibição de prisão quando a lei admitir a liberdade provisória (art. 5º, inciso LXVI) serve o habeas corpus (LXVIII) de remédio constitucional para fazer cessar, imediatamente, a prisão arbitrária.

Sem prejuízo dos direitos individuais assegurados na cabeça do artigo 5º, da Carta Constitucional, nossa ordem jurídico-constitucional, que constituiu a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, semelhantemente, assegurou direitos políticos aos cidadãos brasileiros, especialmente a partir do artigo 14, da Carta Política.

Assegura-se, ainda, a aplicação imediata das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da Lei Maior), com a justa dispensa da necessidade de aguardar a potestade do legislador ordinário para, somente então, obter sua plena e irrestrita fruição, consagrando, assim, o cânone maior do constitucionalismo hodierno: a força normativa da Constituição.

Como se não bastasse, outrossim, a atual ordem constitucional pátria reconhece outros direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º, da Lei Maior).

Neste diapasão, na ordem internacional, a intensa discussão, posterior à segunda grande guerra, em relação à sobrelevação da dignidade da pessoa humana e, especificamente, a necessidade de reconhecimento e efetiva proteção dos direitos humanos de primeira dimensão por parte dos Estados, culminou na aprovação, no âmbito das Organizações das Nações Unidas, em 1966, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Assegurou-se, neste documento, dentre outros, o direito à vida, à não tortura, à liberdade e à segurança pessoal, à aplicação de penas humanizadas, à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, à família, à participação política, à reunião, à igualdade, à legalidade estrita e garantias processuais aplicáveis a investigados e acusados em processo criminal.

O primeiro protocolo facultativo a este Pacto, vigente no Brasil a partir do Decreto Legislativo nº 311/09, prevê, ainda, a garantia de petição ao Comitê de Direitos Humanos da ONU em caso de violação a algum dos direitos previstos nesta convenção internacional.

Sucedeu-se a isso, em 1969, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Os direitos reconhecidos nesta convenção são, fundamentalmente, assemelhados aos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU.

Previu este tratado internacional, ainda, o direito de petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em caso de violação a quaisquer dos direitos nele assegurados, cujo caso mais célebre é a provocação de Maria da Penha Maia Fernandes (Caso nº 12.051 – Maria da Penha Vs Brasil), denunciando a proteção deficiente da legislação brasileira no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, oportunidade em que a República Federativa do Brasil foi condenada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a determinadas obrigações, por violar direitos assegurados no Pacto de São José da Costa Rica.

Em 1992, foram incorporados ao ordenamento jurídico interno, na condição de normas *supralegais*, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/92), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/92).

Ambos os documentos, devidamente incorporados ao patrimônio jurídico-normativo pátrio e em plena vigência, tutelam direitos civis e políticos, impondo aos Estados signatários deveres de abstenção consistentes em liberdades negativas em favor dos indivíduos de seus povos, oponíveis ao poder público.

Estabelecidos, assim, os principais aspectos históricos e jurídicos acerca dos direitos fundamentais de primeira dimensão, passa-se à avaliação da próxima dimensão cronologicamente reconhecida: os direitos sociais.

1.4 O regime jurídico de proteção de direitos fundamentais no Estado Social: a prevalência da tutela de interesses sociais

Mais de um século depois da vigência do Estado de Direito, estatuído sob premissas estritamente liberais, percebeu-se a existência de assimetrias sociais que relegavam uma determinada parcela de pessoas sem meios materiais mínimos de vida digna, em claro cenário de injustiça social.

A ideia de igualdade formal (perante à lei) pareceu, neste contexto, insuficiente para assegurar uma verdadeiro isonomia entre as pessoas, notando-se que a mera proibição de

privilégios e de perseguições pessoais, por parte do Estado, em relação à pessoa humana, não tinha o condão de conferir igualdade substancial ao seu povo.

Decorreu deste cenário de desigualdade material, a percepção de que o Estado, longe de apenas assegurar formalmente uma igualdade perante a lei, precisaria passar a assumir uma postura mais proativa, notadamente em favor da parcela da sociedade carente de meios próprios para o desenvolvimento de uma vida digna, corrigindo as assimetrias sociais existentes para assegurar um verdadeiro e substancial tratamento igualitário.

Neste contexto, com o propósito de assegurar condições materiais mínimas de sobrevivência, surgem, assim, os direitos fundamentais de segunda geração, a saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, que têm por proeminência o lema *igualdade*.

A presente fase, a propósito, marca a transição de um Estado de Direito estritamente liberal ao Estado Social.

Os precedentes históricos ao reconhecimento dos direitos sociais, por sua vez, remontam à Revolução Industrial do Século XIX, ao movimento cartista na Inglaterra, à Comuna de Paris, em 1848 à própria primeira guerra mundial, surgindo como frutos de revoluções populares reivindicando melhores condições de vida e de trabalho.

Os direitos sociais, portanto, são um plexo de faculdades conferidas ao indivíduo que impõem ao Estado dever prestacional de agir, proativamente, para assegurar condições materiais mínimas para a obtenção de uma vida digna (TAVARES, 2007, p. 63).

Como regra, os direitos sociais são essencialmente prestacionais, exigindo a ação proativa do Estado e da sociedade para corrigir desigualdades fáticas e situações de ofensa à dignidade da pessoa humana.

Nada obstante, observa-se, também, a existência de direitos sociais de abstenção (ou de defesa), que impõem ao Estado a abstenção de intervir inadvertidamente em determinado direito social, a exemplo da liberdade de associação sindical e do direito de greve (TAVARES, 2017, p. 63).

Os documentos normativos mais relevantes na salvaguarda dos direitos sociais foram a Constituição do México, de 1917 e a Constituição alemã de Weimar, de 1919.

No constitucionalismo brasileiro, contudo, desde a Constituição Imperial de 1824, já eram previstas manifestações embrionárias de direitos de natureza social, a exemplo do direito à liberdade de trabalho, do direito à educação, consistente na instrução primária gratuita, e do direito à saúde em favor de todos os cidadãos.

A Constituição da República de 1891, por sua vez, devido à influência da Constituição norte-americana de 1787, acabou por não se dedicar a assegurar um catálogo de direitos sociais.

Assim, a rigor, os direitos sociais foram reconhecidos e introduzidos de forma sistemática a partir da Constituição de 1934, assegurando-se uma gama de direitos fundamentais de segunda dimensão na ordem jurídico-constitucional interna, como decorrência de movimentos sociais e populares por melhores condições de trabalho.

Validamente, a propósito da Carta de 1934, “ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob influência da Constituição alemã de Weimar” (SILVA, 2007, p. 82).

De fato, o Texto Magno de 1934 foi o primeiro a dedicar um título específico (Título IV) a respeito da ordem econômica e social, tratando-se de previsão inédita na história constitucional.

Ademais, reconheceu o direito à educação, com a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, à saúde, à assistência médica ao trabalhador e à gestante, à assistência pública e à previdência social.

Como se não bastasse, erigiu ao *status* constitucional os direitos e garantias trabalhistas, prevendo normas de proteção social ao trabalhador, dentre as quais, a proibição de diferença de salário por razões de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, o salário mínimo, a limitação de trabalho a oito horas diárias, o repouso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, a regulamentação do exercício das profissões, o reconhecimento das convenções coletivas e a criação da Justiça do Trabalho.

Por sua vez, a Constituição de 1937, em que pese tenha sido outorgada em um período autocrático, assegurou o direito à proteção da saúde, especialmente da criança e do adolescente e à assistência médica e higiênica para o trabalhador e para a gestante.

Consigne-se, por oportuno, que o artigo 180, da Carta de 1937, outorgou ao Presidente da República o poder de expedir *decretos-leis*, legislando livremente sobre todas as matérias de competência da União, dispositivo que conduziu Getúlio Vargas a decretar a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.451/43), vigente até os dias atuais, cuidando-se de importante instrumento legislativo na sedimentação dos direitos sociais dos trabalhadores.

Com o fim do *Estado Novo*, a Constituição de 1946, reduzindo os poderes do chefe do Executivo, dedicou um título à ordem econômica e social, em que se estipulou que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, reconhecendo, ainda, a gratuidade do ensino oficial superior ao primário, a assistência educacional, além de inúmeros direitos trabalhistas.

Já a Constituição de 1967, em que pese tenha avançado no reconhecimento de novos direitos sociais, como a inclusão de salário-família aos dependentes do empregador, a participação do trabalhador na gestão da empresa, a proibição de diferença de salários em razão da etnia e a aposentadoria da mulher aos 30 anos de trabalho, com proventos integrais, retrocedeu no que concerne a outros, a exemplo da redução para 12 anos da idade mínima para o trabalho, a supressão da estabilidade no trabalho, com a respectiva criação do fundo de garantia como alternativa, além de restrições ao direito de greve.

Todavia, com a superveniência do Ato Institucional nº 5/68 e a Emenda Constitucional nº 1/69, nova supressão de direitos fundamentais de natureza social foi operada, até que fosse estabelecido o Estado Democrático de Direito pela Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988.

Na atual ordem jurídico-constitucional brasileira, com efeito, a preocupação os valores de justiça social, consentânea ao Estado Social, já se encontra evidenciada no preâmbulo da Constituição da República, notadamente ao assegurar “o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

A seguir, o estabelecimento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV, da Magna Carta), robustece a opção do poder constituinte originário quanto à adoção de um Estado Social e Democrático de Direito.

Nada obstante, a preocupação do legislador constituinte com a promoção da igualdade material e da justiça social é ainda mais evidente ao constituir, no artigo 3º, da Carta Política, como objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Demais disto, a ordem constitucional vigente dedicou capítulo próprio (capítulo II), no interior do título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), discorrendo sobre os direitos sociais em espécie, incluindo, dentre outros: i) “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (art. 6º); ii) direitos trabalhistas em espécie (art. 7º); iii) o direito à livre associação profissional ou sindical (art. 8º); iv) o direito de greve.

Importante ressaltar, ainda, os ditames da justiça social e a busca da existência digna como valores fundamentais da ordem econômica, no artigo 170, da Constituição da República, estabelecendo, como princípios norteadores da atividade econômica, a função social da propriedade (inciso III), a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e a busca do pleno emprego (inciso VIII).

Não se discute, lado outro, a fundamentalidade dos direitos sociais em nossa ordem constitucional, até por sua alocação topográfica, situada no capítulo II (“Dos Direitos Sociais”), do título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais), da Constituição de 1988,

Nada obstante, é relevante mencionar a discussão acerca a intangibilidade dos direitos sociais em relação a emendas constitucionais supressivas de seu conteúdo normativo.

Uma primeira corrente, apegada à interpretação literal, assevera não serem os direitos sociais integrantes do denominado núcleo constitucional intangível da atual Constituição, justamente porque apenas os direitos e garantias *individuais* são expressamente reconhecidos como tais, lançando mão de um método hermenêutico literal e mais restritivo do artigo 60, §4º, inciso IV.

Levado este raciocínio, de efeito, às últimas consequências, seria possível que emenda constitucional abolisse direitos fundamentais de natureza sociais estabelecidos pelo poder constituinte originário, operando o denominado efeito *cliquet*, violando o princípio constitucional implícito da vedação do retrocesso social.

Por outro lado, tem prevalecido o entendimento de que os direitos sociais também fazem parte do núcleo constitucional intangível, na condição de cláusulas pétreas implícitas, devendo o intérprete lançar mão do princípio da *máxima efetividade* dos direitos fundamentais, atribuindo o maior alcance possível à proteção do direito em exame, com o propósito de ampliar a proteção contra o poder constituinte derivado reformador para

alcançar a intangibilidade, não apenas dos direitos fundamentais de natureza individual, mas, também, os de caráter social.

Historicamente, esclarece Paulo Bonavides (2004, p. 564), que os direitos sociais passaram, inicialmente, por uma fase de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, exatamente porque impunham ao Estado o dever de lançar mão de prestações materiais que demandam o dispêndio de recursos públicos, o que nem sempre era possível em razão da escassez orçamentária frente à elevada demanda de prestações.

A partir desta objeção, sedimentou-se a chamada *teoria da reserva do possível*, que condiciona a concretização dos direitos sociais constitucionalmente assegurados à efetiva existência de disponibilidade orçamentária.

De efeito, a teoria reserva do possível passou, semelhantemente, a ser uma objeção do poder público refratária à intervenção do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais, já que, sendo os recursos públicos limitados, a decisão de alocação desses recursos finitos deve competir ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, sob pena de violação à separação dos poderes (TAVARES, 2017, p. 64).

Posteriormente, da juridicidade questionada, parte da doutrina passou a reputar as normas constitucionais que previam direitos sociais como meramente *programáticas*, executáveis apenas na medida da possibilidade orçamentária e material do poder público, até por inexistirem garantias constitucionais destinadas à sua execução, como havia em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Entretanto, mais recentemente, à luz da premissa da eficácia normativa da Constituição, a doutrina tem reconhecido a necessidade de observância e de execução das normas constitucionais asseguradoras de direitos sociais, uma vez que as Constituições mais recentes passaram a afirmar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, abrangendo tanto os interesses individuais quanto os de natureza social.

Neste sentido, a ordem constitucional de 1988, assegurou, expressamente, no §1º, do artigo 5º, serem de aplicabilidade imediata as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, abrangendo, assim, todas as dimensões de direitos fundamentais, não relegando sua efetiva concretização à pura potestade do legislador ordinário.

Em caso de omissão legislativa que impeça a fruição de direitos sociais, então, seria possível o manejo de mandado de injunção ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, buscando ao Poder Judiciário a constituição em mora do órgão legiferante em disciplinar o direito social não implementado por omissão legislativa.

Conclui-se, assim, serem os direitos fundamentais de segunda dimensão, que impõem, via de regra, prestações positivas que demandam o emprego de recursos públicos para os assegurar, plenamente exigíveis, sindicáveis e justicáveis em caso de descumprimento do poder público, incumbindo ao Poder Judiciário a pronta e eficaz intervenção, uma vez provocado, para fazer cessar a negligência dos demais poderes na promoção dos direitos fundamentais de natureza social de seus cidadãos.

Neste sentido, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642.536, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a intervenção do Poder Judiciário para a concretização de direitos sociais, como o direito à saúde, longe de acarretar usurpação da separação dos poderes, tão somente impõe ao Poder Executivo que cumpra políticas públicas previamente estabelecidas na Constituição Federal (BRASIL, 2013).

Evidentemente, como os direitos sociais, em princípio, demandariam pretensões materiais que tangenciam o infinito, a doutrina e a jurisprudência têm estabelecido um limite para sua efetiva concretização: o denominado *mínimo existencial*, a saber, “a garantia das condições mínimas para uma existência digna”, que integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações (SARLET, 2008).

Neste diapasão, o Pretório Excelso tem entendido que a denominada *reserva do possível* não poderá ser invocada pelo poder público como obstáculo para se evadir da necessária efetivação do núcleo basilar de direitos imprescindíveis à existência digna consistente no *mínimo existencial*, a exemplo do aresto a seguir, proferido no bojo do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.015 (BRASIL, 2015):

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Ainda no que concerne aos direitos sociais, no cenário internacional, foi aprovado, no âmbito das Organizações das Nações Unidas, em 1966, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que veio a incorporar-se ao arcabouço normativo pátrio por intermédio do Decreto nº 591/92.

O presente tratado previu, dentre outros, o direito ao trabalho, às condições dignas de trabalho, à previdência social, à livre criação e filiação sindical, à greve, à proteção familiar, à alimentação, à moradia, à vestimenta, à educação e a participar da vida cultural.

O protocolo facultativo a este tratado, aprovado em 2008 e não ratificado, ainda, pelo Brasil, prevê mecanismos de investigação, direito de petição individual ao Comitê de Direitos Humanos da ONU e, até mesmo, a imposição de medidas cautelares, em caso de descumprimento dos direitos nele garantidos.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, adotou-se, em 1988, o Protocolo de São Salvador, que, na verdade, é um protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, assegurando direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito no sistema interamericano, tendo sido incorporado ao patrimônio normativo pátrio pelo Decreto nº 3.321/99.

Assegurou-se, neste diploma, o direito ao trabalho, às condições laborais dignas, à associação sindical, à previdência social, à saúde, ao meio ambiente sadio, à alimentação, à educação e aos benefícios da cultura.

Em caso de violação a direitos sindicais e à educação, permite este protocolo a provocação individual à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para assegurar a plena fruição.

Exaurida a análise da denominada segunda dimensão de direitos fundamentais, pretende-se, no próximo e derradeiro tópico deste capítulo, à avaliação do reconhecimento dos direitos metaindividuais no Estado Democrático de Direito, que compõem a terceira dimensão de direitos fundamentais.

1.5 O regime jurídico de proteção de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito: a prevalência da tutela de interesses metaindividuais

Os fenômenos internacionais da globalização, da massificação das sociedades e do desenvolvimento tecnológico e científico, como é cediço, carregam consigo relevantes alterações nas relações sociais e econômicas. Como consequência, novos problemas sociais

e outras preocupações mundiais passam a ter proeminência, a exemplo da necessidade de preservação ambiental e de proteção dos consumidores.

Paralelamente, mas ainda neste sentido, com o advento do Estado Democrático de Direito, a ideia de salvaguarda exclusiva das liberdades individuais se torna obsoleta e incompleta diante do surgimento de uma gama de direitos que pertencem a todo o corpo social, não apenas a indivíduos isoladamente considerados ou de grupos específicos, determinados e determináveis, chamados de interesses transindividuais ou metaindividuais, lastreados na tutela maior do gênero humano, com elevado teor de humanidade e de universalidade.

De fato, a superveniência de um Estado de Direito lastreado em matrizes verdadeiramente democráticas equivale à especial sobrelevação de dois de seus principais fundamentos: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, “é um conceito cujo sentido e alcance sofrem influências históricas, religiosas e políticas, sendo suscetível de variação nas diferentes jurisdições”, sintetizado pelo trinômio “valor intrínseco-autonomia-valor social da pessoa humana” (BARROSO, 2010).

A centralidade da dignidade da pessoa humana como valor estruturante da novel ordem jurídico-constitucional de 1988, validamente, passou a impor a necessidade de uma releitura dos diplomas legislativos vigentes antes de sua promulgação, a exemplo dos atuais Código Penal e do Código de Processo Penal, cujas vigências remontam à década de 1940.

Ambos os diplomas foram publicados durante o *Estado Novo*, período autocrático entre 1937 e 1945, em que o então Presidente da República, Getúlio Vargas, após dissolver o Congresso Nacional, outorga a Constituição de 1937 (FAUSTO, 1995, p. 364-365), fortemente influenciada por diretrizes autoritárias e fascistas da Constituição Polonesa de 1935, cuja autoria intelectual foi do então Ministro da Justiça, Francisco Campos.

A denominada Constituição Polaca, em apertada síntese: i) instituiu a pena de morte, dentre outras hipóteses, em caso de crimes políticos (artigo 122, item 13); ii) declarou o estado de emergência (artigo 186), suspendendo as garantias constitucionais (artigo 166, §2º); e atribuiu ao Presidente da República o poder de expedir *decretos-leis*, legislando livremente sobre todas as matérias de competência da União (artigo 180).

Lançando mão, assim, da atribuição conferida pelo art. 180, da Constituição de 1937, Getúlio Vargas, após a elaboração do projeto pelo Ministro da Justiça, Francisco

Campos, decreta o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), fortemente inspirado pela legislação processual penal italiana, de 1930, formulada em pleno regime fascista, sedimentado em bases notoriamente autoritárias.

As grandes evidências do autoritarismo do Código de Processo Penal, de 1941, já começam pela sua Exposição de Motivos⁴, em que o Ministro Campos apregoa, inicialmente, que “no seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos” (Item II – “A reforma do processo penal vigente”).

Como se não bastasse, argumenta Campos, no mesmo item, que “nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”.

De fato, as premissas teóricas que nortearam a formulação do Código de Processo Penal impregnam este diploma normativo das seguintes características: i) o acusado é tratado como potencial culpado, notadamente se preso em flagrante; ii) prevalência exclusiva da segurança pública em detrimento da despreocupação com a tutela da liberdade individual; iii) fase investigatória agressivamente inquisitorial; iv) a busca da verdade real legitimou a ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, descaracterizando o perfil acusatório supostamente pretendido; v) o interrogatório do réu era realizado em ritmo inquisitivo, sem intervenção das partes, exclusivamente como meio de prova (jamais como meio de defesa), autorizando-se sua condução coercitiva em caso de não comparecimento; e vi) o silêncio do réu, mesmo assegurado por lei, poderia ser valorado negativamente pelo juiz.

Conveniente ressaltar, em arremate, que, mesmo ao fim do Estado Novo, em 1945, com a superveniência da Constituição de 1946, já iluminada por ideais democráticos, o Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal) não foi revogado e, apesar de ter passado por duas grandes reformas na década de 1970 e no ano de 2008, ainda permanece vigente até os dias atuais, com grande parte de seus dispositivos originais inalterados.

Deveras, o legislador ordinário não se mostrou insensível à defluência expansiva dos direitos humanos sobre a ordem jurídica internacional, lançando mão de importantes

⁴ BRASIL, Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em 13 out 2018.

modificações, particularmente, no Código de Processo Penal, com o propósito de adequar aos dispositivos constitucionais e convencionais de prestígio aos direitos fundamentais.

O protagonismo do juiz na iniciativa probatória, claramente presente na redação original do diploma processual penal⁵, característica do sistema inquisitivo, equivalente, na prática, à atuação substitutiva da função ministerial de demonstrar a veracidade das imputações do *parquet*, foi, gradativamente, relegado às partes, migrando o magistrado à posição de garante, mantendo, assim, sua imparcialidade, necessária à igualdade das partes.

Ilustrativamente, de efeito, a Lei 11.690/08, ao alterar a redação do artigo 212, do Código de Processo Penal, fez cessar o inquisitivo sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, em que, primeiramente, o juiz esgotava os questionamentos possíveis e, apenas depois, permitia-se às partes perguntar, para incorporar o sistema do *exame direto e cruzado*, em que as partes começam a inquirição e esgotam seus questionamentos para, somente então, o magistrado esclarecer pontos duvidosos ao cabo do ato processual, em atuação supletiva.

Nada obstante, a própria posição do réu na persecução penal foi sensivelmente modificada nas mais de sete décadas de vigência do Código de Processo Penal, deixando de ser mero objeto de um procedimento inquisitivo para assumir a condição de sujeito de direitos em um processo acusatório, abandonando-se a ideia de que suas prerrogativas processuais seriam “um mal avisado favorecimento legal aos criminosos”, mencionada na exposição de motivos, para prestigiar o reconhecimento da *sacrossantidade* de seus direitos fundamentais na investigação criminal e no processo penal.

Com efeito, o interrogatório do acusado, originalmente estipulado como o primeiro ato da instrução processual (antiga redação do art. 394, do CPP), não permitia às partes a realização de reperguntas, consignando, expressamente, que o seu silêncio poderia ser interpretado em desfavor de sua defesa (redação original do art. 186, do CPP), tendo sido assimilado, por isso, durante décadas, exclusivamente como meio de prova⁶.

Ademais, a natureza de meio de prova inicialmente atribuída ao interrogatório pelo Código de Processo Penal é robustecida pela previsão de condução coercitiva, em caso de ausência do acusado ao ato processual designado, na forma do artigo 260, “caput”, do CPP.

⁵ Neste sentido, conferir o item VII da Exposição de Motivos (As provas): “O juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade”.

⁶ A concepção do interrogatório como meio exclusivo de prova se infere, também, pelo o item VII da Exposição de Motivos (As provas): “É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz”.

A partir da Lei nº 10.792/03, que assegurou a entrevista prévia do réu com o defensor antes do interrogatório (art. 185, §5º, do CPP), a possibilidade de reperguntas às partes (art. 188, do CPP) e, em especial, a explícita previsão de que o silêncio não importará em confissão e não será interpretado em prejuízo da defesa (atual redação do art. 186, parágrafo único, do CPP), todavia, passa o interrogatório a constituir meio de defesa, prestigiando o princípio da ampla defesa, consagrado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, na modalidade *autodefesa*.

O reforço argumentativo quanto à natureza defensiva do interrogatório se deu pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADPFs nº 395 e 444/DF, em que se decidiu que a condução coercitiva para interrogatório não foi recepcionada pela Constituição da República, notadamente por violar os direitos fundamentais à liberdade de locomoção e à presunção de inocência, não se permitindo obrigar o acusado a participar do ato processual.

Não se pode olvidar, portanto, que o salutar movimento de influxo dos direitos humanos sobre a legislação interna produziu reflexos indeléveis no direito processual penal, com o reconhecimento e a promoção de direitos individuais ao investigado e ao acusado na persecução penal, assegurando-lhes um processo justo e democrático.

Por outro lado, a par da dignidade da pessoa humana, um segundo fundamento da República de semelhante importância é a cidadania (artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal).

De fato, uma vez que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (...), nos termos do parágrafo único, do artigo 1º, da Carta Constitucional, impõe a ordem constitucional vigente a indiscutível necessidade de intensa participação popular nas principais e mais relevantes decisões do Poder Público.

Com efeito, o direito político ao voto direto, secreto, com igual valor para todos (art. 14, “caput”, do Texto Magno), foi erigido à condição de núcleo constitucional intangível (art. 60, §4º, inciso IV, da Carta Maior), porque insuscetível de deliberação de emenda constitucional tendente a aboli-lo.

Nesta esteira, em nítida blindagem reativa às práticas autocráticas que precederam a atual ordem jurídico-constitucional, vedou o legislador constituinte, peremptoriamente, a cassação dos direitos políticos, permitindo apenas – e em caráter excepcional – sua perda ou suspensão em caso de cancelamento de naturalização, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou

prestação alternativa e em caso de improbidade administrativa (art. 15, da Constituição Federal).

Importante sobrelevar, ainda, os mecanismos de democracia participativa instituídos pelo poder constituinte originário de 1988, permitindo aos cidadãos a efetiva e ativa participação nas decisões políticas, a exemplo do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular (art. 14, incisos I, II e II), de audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, inciso II) e a possibilidade de participação de associações no planejamento orçamentário (art. 29, inciso XII), viabilizando, assim, o efetivo exercício direto do poder pelo povo.

Assim, os direitos fundamentais denominados de terceira dimensão, característicos do Estado Democrático de Direito, são titularizados por toda a coletividade (titularidade coletiva ou difusa), sendo representados pelo lema *fraternidade* ou *solidariedade*.

Sem o propósito de exaurir a disciplina da atual Constituição da República acerca dos direitos fundamentais em exame, pretende-se, a seguir, avaliar, sucintamente, os direitos do consumidor e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em nossa ordem jurídico-constitucional, representativos, neste particular, dos interesses metaindividuais.

A defesa do consumidor, de efeito, é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República, e, semelhantemente, um dos princípios da ordem econômica, conforme o artigo 170, inciso V, do mesmo diploma maior.

Por isso, editou o legislador ordinário a Lei 8.078/90, conhecido como o Código de Defesa do Consumidor, reconhecidamente considerado, no cenário internacional, um dos melhores e mais protetivos documentos que tutelam os direitos consumeristas.

No que diz respeito à proteção do meio ambiente, por outro lado, é necessário, inicialmente, esclarecer que, até a década de 1970 do século passado, praticamente não havia uma real preocupação, no âmbito mundial, acerca da necessidade de sua proteção para a presente e a futura geração, numa perspectiva de solidariedade intergeracional.

A tutela internacional dos direitos humanos, então, a partir da Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), passou a reconhecer uma nova categoria: o direito de viver em um ambiente equilibrado e saudável.

O reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio passa, portanto, a consagrar a esfera de direitos fundamentais de terceira dimensão, cuidando-se de inquestionável avanço na evolução da teoria dos direitos humanos e fundamentais.

Nesse diapasão, asseveram Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p. 26):

Assim como outrora a Teoria da Constituição e o Direito Constitucional estiveram comprometidos com a afirmação, na ordem da evolução, dos valores liberais e sociais (valores que, embora tinham contexto e com sentido revisto e reconstruído, seguem incorporados à agenda constitucional), hoje a proteção e promoção do ambiente desponta como novo valor constitucional, de tal sorte que, de acordo a expressão cunhada por Pereira da Silva, se pode falar de um ‘esverdear’ da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, bem como da ordem jurídica como um todo.

Percebeu-se, com efeito, que o reconhecimento do direito à liberdade e à igualdade, sem o incremento da proteção do meio ambiente, poderia até assegurar o direito à existência física do homem, mas seria incapaz de prestigiar, com integralidade, o valor magno do sistema de proteção dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana.

Assim, “o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver” (MILARÉ, 2014, p. 260).

No mesmo sentido, apregoam Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 41):

Não se pode conceber a vida – com dignidade e saúde – sem um ambiente natural saudável e equilibrado. (...). De tal sorte, o próprio conceito de vida hoje se desenvolve para além de uma concepção estritamente biológica ou física, uma vez que os adjetivos ‘digna’ e ‘saudável’ acabam por implicar um conceito mais amplo, que guarda sintonia com a noção de um pleno desenvolvimento da personalidade humana, para o qual a qualidade do ambiente passa a ser um componente nuclear.

Noutras palavras, mais que meramente assegurar a existência do homem, importa garantir que o interstício entre seu nascimento e sua morte esteja cercado de condições materiais mínimas para uma vida digna.

Nada obstante, ainda há autores que reconhecem a existência de uma quarta e de uma quinta dimensão de direitos fundamentais.

Norberto Bobbio (2004, p. 6), neste diapasão, elenca a preocupação com os avanços da engenharia genética, que colocam em risco a própria existência da humanidade, como direitos de quarta dimensão, ao passo que Paulo Bonavides (2004, p. 569), por sua vez, indica pertencer a esta dimensão de direitos fundamentais os consectários da globalização política, a saber, a democracia, a informação e o pluralismo.

Finalmente, Bonavides (2004, p. 593) ainda identifica uma quinta dimensão de direitos fundamentais consistente no direito à paz, o axioma que norteia a ideia de democracia participativa, tratando-se do supremo direito da humanidade.

Em que pese a importância da avaliação acerca da forma como cada modelo de Estado, protegeu os direitos humanos e fundamentais, o que, seguramente, daria azo à dedicação de outras centenas de laudas a propósito do tema, não se pode perder de vista o objetivo principal deste trabalho: a análise reflexiva a respeito da teoria do garantismo penal integral como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, o que se pretende iniciar já no próximo item.

1.6 A relevância da assimilação dos modelos de Estado e das dimensões dos direitos fundamentais para a compreensão do garantismo penal integral

Pode causar estranheza, em um trabalho que pretende realizar a avaliação crítica sobre a teoria do garantismo penal, o desenvolvimento de um primeiro capítulo dedicado ao esquadramento histórico sobre a proteção jurídica dos direitos humanos e fundamentais, outorgada por cada modelo de Estado em cada período correlato.

No entanto, cuida-se de medida imprescindível à compreensão sobre a crítica da teoria do garantismo integral à incompletude e parcialidade da proteção dos direitos fundamentais na teoria garantista de Luigi Ferrajoli, com a consequente proposição de um novo e integral modelo que pudesse se adequar às necessidades hodiernas de proteção penal.

De efeito, o garantismo penal do professor italiano, cujas características serão minudenciadas no terceiro capítulo, em brevíssimas palavras, pretende maximizar o valor *liberdade* dos cidadãos, com a promoção da limitação do poder punitivo do Estado.

Os dez axiomas propostos por Ferrajoli, aplicáveis ao direito penal e ao processo penal (princípios da retributividade, legalidade, intervenção mínima, ofensividade, exteriorização do fato, culpabilidade, jurisdicionalidade, acusatório, ônus da prova e ampla defesa), são fundamentalmente revestidos da característica de direitos negativos ou de abstenção, caracterizados como direitos fundamentais tipicamente de primeira dimensão.

Assimila-se, pois, do conceito tradicional de garantismo penal, elaborado por Ferrajoli, uma acepção unitária, negativa e abstencionista, levando parte da doutrina a denominá-lo de garantismo *negativo*, devido ao enfoque atribuído à tutela principal de direitos fundamentais de primeira dimensão, especialmente nas liberdades negativas de investigados e acusados em geral frente ao poder punitivo (proteção negativa), que impõem ao poder público deveres de abstenção inerentes a um Estado de Direito fortemente estruturado sob premissas estritamente liberais.

Deveras, em que pese a indiscutível importância da edificação teórica garantista, percebe-se, nitidamente, que os direitos fundamentais nela assegurados têm natureza essencialmente individual, característicos do Estado Liberal de Direito, sem que houvesse, naquele momento, a idêntica preocupação com a defesa de interesses sociais e metaindividuais.

Evidentemente, sob a égide de um Estado Social e Democrático de Direito, o âmbito de proteção da ordem jurídica não pode ficar circunscrito aos interesses exclusivamente individuais, merecendo semelhante e inclemente tutela os direitos fundamentais sociais e metaindividuais, característicos das denominadas segunda e terceira dimensões de direitos fundamentais.

Por isso, a par da necessária tutela do direito à liberdade dos investigados e acusados em geral, apregoada pelo garantismo de Luigi Ferrajoli, impõe-se ao Poder Público a semelhante proteção dos interesses individuais das potenciais vítimas de infrações penais, sociais e metaindividuais, assegurando, assim, uma proteção sistêmica, integral e universal dos direitos fundamentais.

Neste contexto, invocando as premissas de Claus Canaris, surge a ideia de garantismo *positivo*, apregoando que o Estado deve garantir, semelhantemente, a proteção penal suficiente dos direitos fundamentais de seus cidadãos, sejam de natureza individual, sejam sociais ou metaindividuais.

De fato, o Estado não pode se limitar a garantir direitos de abstenção aos seus cidadãos, como se fosse o único ente apto à invasão do patrimônio jurídico das pessoas, ideia prevalente no vetusto Estado Liberal de Direito, devendo, igualmente, bem tutelar seu povo frente a possíveis ataques de seus agentes públicos, de terceiros particulares e mesmo de poderes sociais de fato, tornando sua proteção consentânea às necessidades hodiernas de um Estado Social e Democrático de Direito, consagrando, assim, um garantismo integral, que assegure a proteção de direitos fundamentais de todas as dimensões.

Assim, ao cabo desta brevíssima exposição a respeito da evolução dos direitos fundamentais, da primeira à terceira (ou quinta, como já se defende) dimensão, desde o Estado Liberal de Direito, passando pelo Estado de Social, até o hodierno Estado Democrático de Direito, convém, doravante, passar à análise das funções do direito penal ao longo dos séculos, sobrelevando, especialmente, sua principal e mais prestigiada função de proteção de direitos fundamentais, o que se pretende fazer a partir do segundo capítulo deste trabalho.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A função do Direito Penal pelos séculos

Neste capítulo, projeta-se traçar um panorama sobre a função exercida pelo direito penal pelos séculos, desde os povos primitivos, em que era utilizado como mero instrumento de vingança – divina, pública ou privada –, até os dias atuais, que o consagraram como instrumento de proteção dos mais caros bens jurídicos existentes na sociedade.

Neste sentido, ambiciona este trabalho demonstrar que, a rigor, a função do direito penal em um Estado Democrático de Direito é a da intransigente proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos constitucionalmente assegurados.

Para tanto, imperiosa a avaliação dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito penal, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da isonomia, da intervenção mínima, da individualização da pena, da humanidade e da exclusiva proteção dos bens jurídicos.

Por derradeiro, então, pretende-se centrar os esforços na avaliação minudenciada do princípio da proporcionalidade, especialmente com o exame de seus dois vieses: a proibição da hipertrofia punitiva e a vedação da proteção insuficiente, investigação imprescindível à posterior compreensão do conceito de garantismo integral.

2.1.1 O direito penal nos povos autóctones

O direito penal, sob o prisma sociológico, é um dos instrumentos de que o Estado lança mão para a realização do controle social de comportamentos desviados, com o propósito de assegurar a disciplina social e a convivência harmoniosa em comunidade.

A existência de um sistema de punição de comportamentos humanos desajustados, todavia, está longe de ser fenômeno recente: ao revés, remonta às origens das primeiras civilizações, não se tratando de exagero afirmar que a história do direito penal se confunde com a história da própria humanidade.

Com efeito, desde os povos autóctones, a exemplo da Babilônia, Israel, Egito e Pérsia, um protótipo rudimentar de direito penal já se fazia presente, marcado pela ideia de vingança, lastreado em um forte sentimento religioso e dotado de caráter teocrático, características inerentes àquele período civilizatório (BITENCOURT, 2017, s.p.).

Embora não haja uma progressão sistemática, didaticamente, pode-se dividir este período inicial em três fases, a saber: i) vingança divina; ii) vingança privada; iii) vingança pública.

Na fase da vingança divina, o homem primitivo cria que as leis tinham origem divina, de sorte que o seu descumprimento consistia em afronta não contra seus pares, mas, sim, direcionada em detrimento dos deuses. Por este motivo, a punição do infrator era um verdadeiro desagravo em face da própria divindade, consistindo no sacrifício de sua própria vida, com impiedoso rigor e distinta crueldade, sem guardar qualquer relação de proporcionalidade com o ato praticado (NORONHA, 1998, p. 21).

A pena, portanto, naquele contexto, tinha como propósito amenizar a cólera dos deuses e resgatar a benevolência dos altos céus para com aquele povo, evitando que a mácula que impregnava o agente, em razão da falta praticada, contaminasse o grupo, aplacando, assim, a ira divina.

Com o crescimento dos povos, desenvolvimento das civilizações e intensificação das complexidades das relações sociais, a pena passou à fase da vingança privada, designada pela vingança entre os grupos, que consideravam a o crime uma ofensa não dirigida à vítima que o suportava, mas, a rigor, ao próprio grupo a que ela pertencia.

Convém ressaltar que o homem primitivo, neste contexto histórico, possuía fortes laços com a comunidade de que fazia parte, mormente porque, fora dela, sentia-se desprotegido e relegado à sua própria sorte.

Como regra, caso a infração tivesse sido praticada por membro do mesmo grupo, impunha-se a pena de banimento (perda da paz), relegando o infrator à exclusão definitiva de seu clã, o que, invariavelmente, acabava por acarretar em sua morte, por falta de proteção de terceiros. Lado outro, caso o crime fosse praticado por outro grupo, a pena de morte era infligida em detrimento não apenas do infrator, como, também, sobre todos os integrantes do grupo do agressor, incluindo crianças, pessoas enfermas e animais.

A fase da vingança privada, então, foi marcada pela chamada *lei do mais forte*, com muito derramamento de sangue e *justiça com as próprias mãos*, com punições excessivas e desmedidas, disseminadoras do ódio e fomentadoras guerras entre grupos, não sendo raro, à época, a completa aniquilação de determinados grupos como consequência destas práticas (BITENCOURT, 2017, s.p.).

Consigne-se, ainda, que esta fase teve como característica marcante a absoluta ausência de proporcionalidade entre o delito praticado e a punição infligida.

Devido ao periclitante contexto de dizimação de grupos em decorrência da vingança privada, surge a chamada *Lei de Talião*⁷, cujo propósito foi dar tratamento igualitário entre autor e vítima, adotada na Lei de Moisés (Israel), no Código de Hamurabi (Babilônia) e na Lei das XII Tábuas (Roma).

Pode-se sintetizar a ideia maior da Lei de Talião pela passagem do texto bíblico de Êxodo, capítulo 21, versos 23 a 25: “mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão com mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe” (BÍBLIA SAGRADA, 2007, p. 82).

Eis, aqui, a embrionária manifestação do princípio da proporcionalidade no direito penal, com a tentativa de humanizar a imposição da sanção penal, estabelecimento limites objetivos ao poder de punir, evitando-se a hipertrofia punitiva.

Posteriormente, com a evolução política da sociedade, emerge a fase da vingança pública, época em que o Estado avocou para si o poder-dever de estabelecer a ordem social e a segurança pública, atribuindo aos seus agentes a autoridade para punir aqueles que infringirem as leis em nome do povo.

De efeito, a pena assume caráter público e o Estado invoca o monopólio do uso da força, não se autorizando, a partir de então, que os ofendidos ou seus grupos recorram às suas próprias forças para o exercício do poder punitivo em face dos infratores.

Conveniente observar, aqui, o estabelecimento de um sistema punitivo protagonizado por um terceiro imparcial, o Estado, representando a sociedade, usando o poder de punir de forma desinteressada e, por via de consequência, imparcial.

Ainda assim, neste momento histórico, prevaleciam as penas cruéis, a exemplo de esquartejamento, fogueira, decapitação, forca e castigos corporais (BITENCOURT, 2017, s.p.).

2.1.2. O direito penal na Idade Antiga e na Idade Média

Avançando no corredor da história, na Grécia Antiga, notou-se uma maior humanização na aplicação das penas, a ponto de se permitir a absolvição de um infrator comprovadamente culpado, quando sua eliminação pudesse prejudicar pessoas inocentes que dele dependessem diretamente para sobreviver.

⁷ Talião provém da expressão latina *talis*, que significa, em tradução livre, *tal qual*, evidenciando a ideia de proporcionalidade entre fato praticado e sanção imposta.

Já no Império Romano, com a publicação das *leges corneliae e juliae*, passou-se a catalogar um rol de comportamentos criminosos como crimes e suas respectivas penas, protótipo do que hoje se conhece por princípio da reserva legal (BITENCOURT, 2017, s.p.).

Ingressando na Idade Média, o direito penal canônico, inicialmente circunscrito aos membros da Igreja Católica Apostólica Romana, passou a ser estendido a religiosos e leigos, desde que o fato tivesse conotação religiosa, marcado pelo denominado procedimento de inquisição: deflagração da ação *ex officio*, utilização de tortura para a obtenção de confissões, ausência de defesa e imposição de penas cruéis.

O cumprimento das penas, neste período, dava-se nas *penitenciárias*⁸, estabelecimentos que tinham como propósito a regeneração do criminoso, purgando o pecado do infrator no cárcere, por intermédio do sofrimento, solidão e reflexão, afastando-se a ideia de pura retribuição pelo fato praticado. Assim, surge o modelo de prisão moderna que visa à ressocialização do infrator.

2.1.3. O direito penal na Idade Moderna.

A imposição de penas cruéis, executadas por meio de graves suplícios, permaneceu vigendo durante o Absolutismo Monárquico, até que, sob o influxo do Iluminismo, no Século XVIII, o Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, publica, em 1764, a clássica obra “Dos Delitos e das Penas”, que serve de grande marco teórico para o início do período humanitário do direito penal na Idade Moderna.

Em sua obra, Beccaria apregoa que as leis penais devem ser certas, claras e precisas e as penas devem ser anteriormente definidas em lei, para que todos saibam diferenciar o certo do errado e livremente escolher como prefere agir, sempre guardando proporcionalidade com o delito praticado, na exata medida da retribuição necessária (BECCARIA, 1991).

Nota-se, pois, a introdução de conceitos como a taxatividade dos tipos penais incriminadores e de proporcionalidade das penas, cânones resguardados pela ordem jurídica internacional até os dias atuais.

Convém observar que, até este momento histórico, não há uma sistematização do direito penal, em termos dogmáticos e doutrinários.

⁸ O vocábulo *penitenciária* provém de penitência, carregando a ideia de que a pena deveria gerar um sentimento de remorso pela infração praticada, necessário à expiação pelo crime cometido.

2.1.4. A função do direito penal: da proteção a direitos subjetivos à proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Depois de ter sido assimilado alhures como um pecado contra a divindade e, com a separação entre a Igreja e o Estado, como um ato contra a nação, o crime passou, a partir do Século XVIII, com Feuerbach, a ser compreendido como um ato que lesa direitos subjetivos dos membros da sociedade, sem o que não se legitimaria a intervenção do direito penal (SILVEIRA, 2003, p. 38).

Posteriormente, já no Século XIX, Johann Michael Franz Birnbaum supera a ideia violação a direitos subjetivos, passando a compreender o crime como a ofensa aos valores mais relevantes de uma sociedade, que poderiam ser chamados de bens jurídicos (GOMES, 2012, p. 74).

Desde então, até os dias atuais, infere-se que a tarefa imediata do Direito Penal é de natureza eminentemente jurídica e, como tal, primordialmente destinada à proteção dos bens jurídicos.

Compreenda-se, oportunamente, por bens jurídicos os valores ou interesses relevantes imprescindíveis à coexistência e ao desenvolvimento do homem em sociedade e, justamente por isso, merecedores de tutela penal.

Uma vez consolidada a função do direito penal de proteger bens jurídicos, passa-se a perquirir qual o critério a ser adotado pelo Estado na seleção das condutas humanas deletérias que seriam consideradas criminosas, às quais se imporiam sanções penais que implicarão restrições a direitos de seus cidadãos, a exemplo de seu patrimônio e, em última instância, à liberdade de locomoção.

Nesse diapasão, é pacífico que o critério do legislador para a seleção dos bens jurídicos a serem protegidos pela lei penal deve ter como filtro os valores jurídicos fundamentais consagrados pela Constituição da República.

Por isso, a tarefa do legislador não seria outra senão a de incorporar ao ordenamento *jurídico-penal* os valores mais importantes plasmados de modo vinculante na Constituição (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 263).

Assim, a rigor, a função do direito penal consentâneo ao Estado Democrático de Direito é a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

O legislador constituinte, então, compreendendo o papel do direito penal no Estado Democrático de Direito, legitimou a intervenção penal quando violados direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ao prever, no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Ilustrativamente, ao criminalizar o homicídio, o legislador penal pretende a proteção do direito fundamental à vida, ao passo que, ao erigir à condição de delito o furto, tem por propósito a tutela do direito fundamental ao patrimônio.

Tem-se, portanto, que somente há intervenção penal legítima e consentânea com os ditames do Estado Democrático de Direito na incriminação de uma conduta humana que cause relevante, efetiva e intolerável lesão ou perigo concreto de violação a um bem jurídico alheio dotado de elevada importância social, prestigiando-se, neste diapasão, os princípios da ofensividade e da alteridade.

Não basta, contudo, conferir uma proteção penal meramente teórica a certos entes eleitos pelo legislador como suscetíveis de proteção: é necessário que o Estado confira uma proteção efetiva e suficiente àqueles bem jurídicos constitucionalmente consagrados contra ataques e ameaças de terceiros.

Assim, edifica-se o conceito de garantismo positivo, exigindo-se que o Poder Público confira proteção penal suficiente e eficaz aos direitos fundamentais tutelados pela norma penal, consolidando-se o conceito de proibição da proteção insuficiente, idealizado por Claus-Wilhelm Canaris.

Tradicionalmente, entretanto, o conceito de bem jurídico sempre teve relação com a pessoa humana individualmente considerada, motivo pelo qual a tipificação das infrações penais sempre se deu em razão da efetiva lesão (crimes de dano) ou da mera exposição concreta a perigo (crimes de perigo concreto) dos referidos valores protegidos pela norma penal.

Exemplificativamente, dentre outros, temos como bens jurídicos tradicionalmente reconhecidos a vida, a incolumidade física, a tranquilidade domiciliar, o patrimônio e a dignidade sexual.

Ocorre que as transformações sociais e tecnológicas dos últimos tempos que nos contextualizam em uma sociedade de risco, conforme preceitua Ulrich Beck, têm influenciado o direito penal, fazendo surgir a necessidade de expandir o direito penal para

assegurar uma resposta estatal atualizada e eficiente frente às novas condutas perniciosas ao corpo social decorrentes dessas inovações.

Surge, assim, a ideia de proteção de bens jurídicos supraindividuais, rompendo com o paradigma secular de tutela penal circunscrita a valores individuais, ante a necessidade de criar tipos penais que assegurem o controle social de novos bens jurídicos de caráter coletivo.

Cuida-se do que se convencionou denominar na doutrina de espiritualização (desmaterialização, dinamização ou liquefação) dos bens jurídicos, já que o direito penal passa a proteger valores individuais não vinculados a pessoas determinadas, mas pertencentes à coletividade, a exemplo do meio ambiente e da ordem econômica.

Há, portanto, uma significativa mudança na compreensão de conceito de bem jurídico, porque o direito penal passa a se distanciar da objetividade natural e do eixo individual, para dar enfoque na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de caráter mais vago e abstrato (MACHADO, 2005, p. 107).

Como decorrência inevitável da espiritualização de bens jurídicos, surge a necessidade da criação de crimes de perigo abstrato, exigindo-se uma releitura do princípio da ofensividade ou da lesividade, consentânea com a sociedade de risco hodierna, que exige a proteção de bens jurídicos metaindividuais para assegurar a coexistência social harmônica.

Conclui-se, assim, prestar-se o direito penal a uma dupla função: a par de ser um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos mais relevantes de uma sociedade, também se dedica à limitação do poder de punir do Estado, notadamente porque impõe ao Estado a observância de caríssimos parâmetros legais, como a legalidade, a taxatividade, a anterioridade, a necessidade e a proporcionalidade.

De qualquer forma, percebe-se, claramente, que, por intermédio dos séculos, o direito penal pode ser assimilado como instrumento de proteção dos direitos fundamentais mais caros à sociedade.

O poder de punir em um Estado Democrático de Direito, todavia, encontra limitações em sua ordem jurídico-constitucional situadas em alguns cânones norteadores do direito penal denominados princípios, explícitos ou implícitos, a respeito dos quais se pretende discorrer a seguir.

2.2 Os princípios constitucionais penais em um Estado Democrático de Direito

Sedimentada a função do direito penal, em um Estado Democrático de Direito, de tutela dos direitos fundamentais individuais e coletivos, torna-se necessário tecer breves comentários acerca dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito penal, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da isonomia, da intervenção mínima, da individualização da pena, da humanidade e da exclusiva proteção dos bens jurídicos, para, finalmente, esquadriñar o princípio da proporcionalidade, cânone fundamental à ulterior compreensão da ideia de garantismo integral, com enfoque em seus dois consectários: a proibição da hipertrofia punitiva e a vedação da proteção insuficiente.

2.2.1 O papel dos princípios no sistema jurídico pós-positivista

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, segundo Luís Roberto Barroso (2003), abriram caminho para a inauguração de uma nova era pós-positivista, em que se estabeleceu uma nova assimilação da relação entre valores, princípios e regras, com a sedimentação de uma nova hermenêutica constitucional e a prevalência da teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, a vetusta compreensão de que os princípios teriam dimensão puramente axiológica e ética, despidos de eficácia jurídica ou de aplicabilidade imediata foi superada para os conduzir ao centro do sistema normativo, erigidos à condição de norma jurídica dotada de exigibilidade.

Até metade do Século XX, os princípios eram assimilados como meros instrumentos retóricos que influenciavam indiretamente a produção das regras jurídicas, porém, destituída de eficácia normativa, isto é, não eram considerados *normas* (CANARIS, 2002).

Atualmente, todavia, sob forte influência da exegese de Robert Alexy, prevalece a ideia de que os princípios, ao lado das regras, são espécies de normas, situando-se no âmbito do “dever ser”, distanciando-se da vetusta noção de que não seriam dotados de eficácia normativa e de aplicabilidade imediata.

A propósito do tema, Alexy (2008, p. 87-90) diferencia as duas espécies normativas da seguinte forma: enquanto os princípios são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados, mas cuja satisfação dependerá não apenas das possibilidades

fáticas, mas, especialmente, pelas possibilidades jurídicas, diante de princípios e regras, em tese, colidentes, as regras, por sua vez, são normas que sempre são plenamente satisfeitas ou não satisfeitas, contendo determinações dentro do âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, devendo-se fazer exatamente aquilo que ela exige, caso válidas.

A Constituição da República, validamente, ao prescrever uma vasta gama de princípios aplicáveis ao direito penal, em diversos incisos de seu artigo 5º, reconheceu-lhes, no §2º do indigitado dispositivo, caráter normativo e aplicabilidade imediata, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

No direito penal, especificamente, os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário na limitação do poder punitivo estatal, mediante o estabelecimento de garantias aos cidadãos.

Doravante, estabelecida a compreensão pós-positivista acerca dos princípios na ordem jurídico-constitucional, passa-se a tecer breves considerações sobre os princípios aplicáveis em espécie no âmbito do direito penal para, ao fim do capítulo, avaliar, de forma mais exaustiva, o sentido, o alcance e as facetas do princípio da proporcionalidade, tema central do presente trabalho.

2.2.2. Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, muito mais que um princípio, é o verdadeiro fundamento sobre o qual se ergue a República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, devendo nortear, invariavelmente, todos os atos e as decisões do Poder Público e de seus agentes.

Em nossa seara, com efeito, o principal fundamento legitimador do direito penal em um Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, quer na perspectiva do direito fundamental vulnerado com a prática criminosa, quer sob o prisma do inflexível respeito aos direitos fundamentais do agente criminoso.

A dignidade da pessoa humana, por um lado, exige que o direito penal tutele os direitos fundamentais de seus cidadãos, imprescindíveis ao desenvolvimento digno de suas vidas, a exemplo da vida, do patrimônio e da dignidade sexual, protegendo-os de ataques de terceiros ou do próprio poder público por intermédio da ameaça legítima e coativa de imposição de sanção de restrição ou privação de direitos fundamentais do infrator.

Para tanto, elege o legislador os bens jurídicos mais relevantes à vida em sociedade previstos na Constituição da República, bem como os comportamentos humanos mais perniciosos ao corpo social, tipificando-os como infrações penais e impondo sanções para dissuadir sua prática.

Lado outro, a dignidade humana também deverá nortear o direito e o processo penal em relação ao sujeito ativo da infração penal, com a previsão de tipos penais claros que carreguem consigo penas proporcionais à reprovação do fato descrito, com o respeito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório e, especialmente, com a humanização das penas porventura aplicadas, sempre tendo em vista a inabalável necessidade de observância de seus direitos fundamentais.

Justamente por ser um dos fundamentos de nossa República, este postulado é a pedra fundamental de todo o ordenamento jurídico, porquanto dele decorrem todos os demais direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se, assim, que a dignidade da pessoa humana orienta tanto o legislador no momento da elaboração de tipos penais, quanto o aplicador da norma penal, desde o momento da realização da adequação típica, passando pela persecução penal, até a final execução da reprimenda.

Bem por isso, pode-se afirmar que o direito penal, longe de ser mero instrumento de opressão a serviço do Estado, deve exercer, na verdade, a função de ordenamento nos arranjos sociais, estimulando práticas positivas e refreando as perniciosas, motivo por que não pode ser fruto de apelos demagógicos, mas, ao revés, refletir, com método e ciência, o justo anseio social, sempre iluminado pela dignidade da pessoa humana como seu principal vetor hermenêutico.

Como é cediço, defluem diretamente da dignidade da pessoa humana todos os demais princípios constitucionais de natureza penal, dentre os quais se destacam a legalidade, a intervenção mínima, a individualização da pena, a humanidade, a exclusiva proteção dos bens jurídicos e, especialmente, a proporcionalidade, a respeito dos quais discorreremos nas próximas páginas.

2.2.3. Legalidade

O princípio da legalidade é um direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o

defina, nem pena sem prévia cominação legal”, dispositivo também previsto em outros diplomas legais, como o Código Penal (artigo 1º), o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 9º) e o Estatuto de Roma (artigo 22), que disciplina o Tribunal Penal Internacional.

O postulado em exame, de efeito, consigna que a punição de um comportamento humano desvirtuado somente pode ocorrer caso exista uma lei anterior, certa, estrita, necessária e escrita prevendo-o como infração penal, definindo a pena aplicável àquele que o praticar.

Assim, ainda que o fato seja imoral, antissocial ou danoso, não haverá possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei que o preveja como crime.

Integram o princípio da legalidade dois outros princípios: a reserva legal e a anterioridade.

O princípio da reserva legal, estatui que apenas lei federal, em sentido estrito, aprovada conforme o devido processo legislativo, promanada da União (competência privativa prevista no artigo 22, inciso I, da Carta Política) pode tipificar condutas e reputá-las infrações penais.

Assim, a criação de tipos penais incriminadores é absolutamente vedada por qualquer outra espécie normativa, a exemplo de medidas provisórias (artigo 62, §1º, inciso I, “b”, da Magna Carta) ou de atos normativos infralegais.

Já o princípio da anterioridade apregoa que a norma penal incriminadora deve ser anterior quanto ao crime e prévia em relação à cominação da pena: antes que ela surja, não há fato que receba a qualificação delituosa, nem previsão punitiva possível.

A consequência lógica deste é a irretroatividade da lei penal incriminadora, o que não impede, como reverso, a retroatividade da lei penal que, de qualquer modo, favoreça o acusado ou o condenado, princípio também reconhecido em nível constitucional.

Finalmente, o princípio da legalidade carrega consigo o consectário da taxatividade, exigindo que os tipos penais incriminadores sejam claros, certos e de fácil compreensão, tendo em vista que um tipo penal ambíguo ou equívoco abriria um largo caminho para a interpretação arbitrária em detrimento do cidadão.

2.2.4. Intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima apregoa que o direito penal, por prever sanções que impõem severas restrições aos direitos fundamentais dos infratores, a exemplo da privação da liberdade e de restrições patrimoniais decorrentes de sanções pecuniárias, somente deve intervir quando for estritamente necessário, apenas quando os demais ramos do direito forem insuficientes à dissuasão de determinados comportamentos humanos desviados.

A origem do princípio remonta à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que previu, em seu artigo 8º, que “a lei somente deve prever as penas estritamente necessárias”.

A intervenção mínima tem um duplo destinatário: i) o legislador, de quem se espera parcimônia na eleição das condutas dignas de proteção penal, abstendo-se de incriminar, indiscriminadamente, qualquer comportamento antissocial, criminalizando apenas as condutas cuja tutela não seja suficiente pelos demais ramos jurídicos; e ii) o intérprete da lei, a quem se impõe temperança na operação de adequação típica, não devendo reputar materialmente típica a conduta que possa ser suficientemente obstada por outros ramos do sistema jurídico. Afinal, “nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela” (ROXIN, 1998, p. 29).

Defluem diretamente do princípio da intervenção mínima dois consectários: a fragmentariedade e a subsidiariedade do direito penal.

Diz-se que o direito penal é subsidiário porque somente deverá agir em caráter excepcional, apenas e tão somente quando os demais ramos do direito forem ineficientes à adequada proteção do bem jurídico em jogo e insuficientes ao controle da ordem pública. Vale dizer, “o direito penal há de ser a *ultima ratio*, o último recurso a utilizar à falta de outros menos lesivos” (MIR PUIG, 1998, p. 89).

Lado outro, o caráter fragmentário⁹ do direito penal consiste em que nem todas as lesões a bens jurídicos devem ser por este ramo tuteladas, mas apenas as condutas humanas mais graves e verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, aptas a causar distúrbios de elevada monta à segurança pública e à liberdade individual.

⁹ O princípio da fragmentariedade traz consigo a ideia de fragmento, ou seja, parte de um todo. Evidencia que o direito penal é apenas parte de um todo maior (ordenamento jurídico), não se prestando à proteção de todas as ofensas a quaisquer bens jurídicos.

Ilustrativamente, trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, pontado por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual se possa chegar.

2.2.5. Individualização da pena

O princípio da individualização da pena, tem fundamento constitucional no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, estabelecendo que a pena a ser aplicada não pode ser padronizada indistintamente, senão individualmente infligida a cada infrator, considerando os aspectos objetivos e subjetivos do crime e de seu agente (SILVA, 2007, p. 145).

Cuida-se, como não se olvida, de consectário do princípio da isonomia, na medida em que repudia o tratamento igualitário aos desiguais, impondo a aplicação minudenciada de uma pena específica e customizada a cada réu, considerando a reprovabilidade do fato praticado e suas circunstâncias subjetivas.

Este postulado se opera em três instâncias: i) legislativa, impondo ao legislador que estabeleça sanções proporcionais aos tipos penais incriminadores definidos em lei, indicando, precisamente, os limites mínimo e máximo da pena; ii) judicial, estabelecendo ao juiz a necessidade de dosar a pena do acusado conforme do sistema trifásico (art. 68, do Código Penal), lançando mão, para tanto de todos os instrumentos legais disponíveis (circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, causas de aumento e de diminuição); e iii) administrativa, exigindo que, na execução da pena, cada sentenciado seja tratado de forma singular no cumprimento da pena, observando as finalidades de reprovação, prevenção e ressocialização.

Ilustrativamente, não se afigura razoável a imposição da mesma quantidade de pena de prisão a todos que praticarem um roubo, considerando que um dos réus estava desarmado, o outro, munido de arma de fogo e, o terceiro, em concurso com cinco comparsas, todos com fuzis. Nada obstante, é semelhantemente inadequado sancionar o reincidente, já experimentado na vida do crime, da mesma forma que o jovem primário, ainda não introjetado na criminalidade.

2.2.6. Humanidade das penas

Sob forte influência dos ensinamentos de Beccaria, o princípio da humanidade das penas, adotado pela ordem constitucional vigente, no artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Política, deflui da dignidade da pessoa humana, impedindo a cominação de penas que violem a incolumidade física ou moral do sentenciado, a exemplo de penas de morte (salvo em caso de crimes militares praticados em período de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Por via de consequência, revela-se inconstitucional qualquer pena ou consequência criminal que crie um impedimento físico permanente, a exemplo de pena de morte, castração, amputação, esterilização ou intervenção neurológica, sempre que se impuser uma consequência jurídica indelével do delito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 177).

Consigne-se, neste particular, a importância da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) que assegurou um sistema penal com um sistema de importantes garantias ao preso e à sociedade, a partir de ideias iluministas, que avançou rumo ao ideal humanístico (ESTEVÃO, 2017, p. 197), especialmente ao impor a judicialização de todos os incidentes da execução penal, atribuindo ao Estado-juiz a análise das mais relevantes questões no cumprimento da pena e assegurando ao preso a vigência de todos os direitos não suprimidos pela sentença penal condenatória.

2.2.7. Exclusiva proteção dos bens jurídicos

O direito penal, no legítimo exercício do poder punitivo do Estado, destina-se tão somente à proteção dos bens jurídicos mais relevantes à preservação da vida em sociedade e ao desenvolvimento individual de seus cidadãos, não podendo ser utilizado como mecanismo de coibição de questões morais, éticas, ideológicas, religiosas ou políticas.

A paternidade deste princípio, como não se olvida, é atribuída a Birnbaum, que, no Século XIX, superou a noção de que o crime consiste na violação a direitos subjetivos, vindo a compreender o delito como a afronta aos valores mais relevantes de uma sociedade, denominados de bens jurídicos, entendimento que predomina internacionalmente no direito penal até os dias atuais.

Ilustrativamente, assim descreve Zaffaroni (2005, p. 413):

O legislador encontra-se diante do ente “vida humana” e tem interesse em tutelá-la, porque a valora (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc.). Este interesse jurídico em tutelar o ente “vida humana” deve ser traduzido em uma norma; quando se pergunta “como tutelá-lo?”, a única resposta é: “proibindo matar”. Esta é a norma proibitiva: “não matarás”. Esta norma deve ser expressa em leis e, com isto, a vida humana se revelará como um bem jurídico. Assim, a vida humana é um bem jurídico à luz das disposições constitucionais, civis (art. 948 do CC/2002) etc. Sem embargo, pode ser que não se contente com esta manifestação da norma e requeira também uma tutela penal, ao menos para certas formas de lesão ao bem. E aí, então, quando o legislador elabora o tipo penal, que o bem jurídico vida humana passa a ser um bem jurídico-penalmente tutelado (art. 121 do CP).

Conveniente destacar que o critério do legislador para a eleição dos bens jurídicos a serem protegidos pela lei penal são os valores fundamentais consagrados pela Constituição da República como direitos fundamentais, quer de natureza individual, quer de índole coletiva.

Portanto, a função do direito penal contemporâneo, a serviço do Estado Democrático de Direito, não é outra senão a tutela dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

2.3. A aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal: da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente

O derradeiro cânone a ser abordado neste capítulo – mas não menos importante – é o postulado central para a análise da problemática deste presente trabalho: o princípio da proporcionalidade, tratando-se de vetor constitucional implícito, corolário do direito fundamental à individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Constitucional).

Pretende-se, assim, neste item, discorrer sobre a evolução da estrutura normativa do princípio da proporcionalidade por intermédio dos séculos, com a investigação sobre seu sentido e alcance nos dias hodiernos, avaliando desde sua inicial função de instrumento a serviço da coibição de excessos à atual fase de ferramenta de vedação da proteção deficiente.

Entretanto, antes de ingressar na efetiva apreciação sobre as duas faces do princípio da proporcionalidade, fundamental compreender os precedentes históricos e a estrutura normativa deste cânone, como se pretende fazer a seguir.

2.3.1. O histórico e a estrutura normativa do princípio da proporcionalidade.

Já se disse alhures que a manifestação embrionária do princípio da proporcionalidade no direito penal veio à lume nas primeiras civilizações com a chamada Lei de Talião, com a tentativa de humanizar a imposição da sanção penal, estabelecimento limites objetivos ao poder de punir, evitando-se, assim, a inadvertida e desregrada hipertrofia punitiva até então vigente.

Todavia, os contornos jurídicos mais maduros do princípio da proporcionalidade, notadamente na esfera penal, foram elaborados já na Idade Moderna, sob a égide do Estado Liberal de Direito, tendo sido introduzido à ordem jurídica como instrumento de limitação do poder punitivo do Estado em proteção aos direitos exclusivamente individuais de seus cidadãos (ARAÚJO, 2011, p. 117).

Vale dizer: inicialmente, o princípio da proporcionalidade foi elaborado como mecanismo de proteção aos direitos individuais dos cidadãos com o propósito único de colocá-los a salvo do arbítrio do próprio Estado, evitando que ele se exacerbasse no exercício de seu poder punitivo, buscando, assim, resguardar, na maior medida possível, os direitos fundamentais da pessoa atingida.

Neste momento histórico, convém observar, o âmbito de proteção da proporcionalidade era unicamente vertical: tutelava-se o cidadão frente às ações do Estado, não se estendendo à proteção do indivíduo em face de potenciais ofensas de terceiros particulares, o que é logicamente compreensível para um Estado Liberal de Direito que reconhecia, naquele momento histórico, apenas direitos fundamentais negativos de primeira dimensão.

A estrutura normativa do princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina clássica, é composta por três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2009, p. 166).

Assim, para que o direito penal interfira na esfera dos direitos fundamentais de seus cidadãos, deverá aferir a presença os seguintes vetores: i) adequação – analisar se o direito penal é um instrumento apto a alcançar a proteção do bem jurídico em exame, a retribuição do fato praticado e a prevenção geral e especial em relação ao crime; ii) necessidade – avaliar se realmente é necessária a intervenção do direito penal ao caso à baila, tendo em vista o seu caráter subsidiário e fragmentário; e iii) proporcionalidade em sentido estrito – os benefícios a serem alcançados com a seleção do comportamento humano como criminoso (efetiva

proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição) devem ser maiores que os custos sociais dessa escolha – sacrifício aos direitos fundamentais dos potenciais infratores e aos interesses da própria sociedade.

Neste diapasão, nota-se que a transformação de um comportamento humano em infração penal, invariavelmente, impõe à coletividade uma indiscutível limitação, que somente será legítima se for compensada por uma efetiva vantagem: a eficaz proteção do direito fundamental tutelado pelo novel tipo penal.

Noutras palavras, em síntese, a criação de tipos penais incriminadores deve ser efetivamente compensadora para a sociedade.

Por via de consequência, não é dado ao direito penal lastreado em premissas verdadeiramente democráticas cogitar incriminar comportamentos que tragam mais temor, ônus e limitação social do que efetivos benefícios à sociedade.

Apresentada, assim, a estrutura normativa do princípio da proporcionalidade, deve-se passar para o momento em que chegaremos ao propósito principal deste capítulo: apresentar as duas facetas do princípio da proporcionalidade.

2.3.2. Proibição do excesso: a vetusta e consolidada face do princípio da proporcionalidade.

É cediço, de efeito, que, em matéria penal, o princípio da proporcionalidade foi formulado sob a vigência de um Estado Liberal de Direito, contextualizado pela ruptura com o Antigo Regime, reconhecendo direitos fundamentais aos cidadãos, antes negligenciados por um Estado autoritário.

Naquele momento histórico, portanto, o Estado de Direito reconhecia tão somente direitos fundamentais de primeira dimensão, como os direitos civis e políticos, consistentes em liberdades públicas que exigiam meras abstenções do Estado, limitando o seu poder punitivo para que não restringisse inadvertidamente a liberdade individual de seus cidadãos.

Tais liberdades reconhecidas pelo Estado Liberal, como não se ignora, têm como titular o indivíduo e são oponíveis exclusivamente em face do Estado, consubstanciando-se em verdadeiros direitos de resistência ou de oposição (BONAVIDES, 2004, p. 563).

Neste contexto, assim, o princípio da proporcionalidade, em matéria penal, tinha o condão de impedir que o Estado se excedesse nos meios de punição, buscando resguardar os direitos fundamentais de natureza individual dos integrantes da coletividade.

Eis, portanto, a primeira, vetusta e mais célebre face do princípio da proporcionalidade: a proibição da hipertrofia punitiva (Übermassverbot), cujo propósito fundamental é evitar que o Estado se exceda no exercício do seu direito de punir.

Em matéria penal, o princípio da proporcionalidade, sob a faceta da proibição de excesso, deve ser observado em três momentos distintos: legislativo, judicial e administrativo.

No âmbito legislativo, é imprescindível que legislador utilize como norte a proibição da hipertrofia punitiva, fundamentalmente, em duas atividades: a tipificação de novas condutas criminosas e o estabelecimento das penas a elas aplicáveis.

Neste sentido, ao tipificar um comportamento humano reprovável como infração penal, deverá o legislador lançar mão do princípio da proporcionalidade, notadamente na face de proibição do excesso, para não impor à coletividade um ônus de exacerbada limitação da liberdade ambulatoria individual, sem a correspondente e necessária vantagem social com a criminalização da referida conduta, a exemplo da criminalização de opção política ou religiosa.

Semelhantemente, ao estabelecer o preceito secundário de um tipo penal, o legislador não poderá se exceder na imposição da reprimenda, devendo prever sanção que guarde fiel consonância e razoabilidade em relação à reprovabilidade da conduta criminosa tipificada, sob pena de violação à proporcionalidade, neste viés.

Ilustrativamente, a Lei 9.695/98 incluiu no rol dos crimes hediondos a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, condutas capituladas no artigo 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677/98.

A alteração legislativa se deu em virtude de o Laboratório Schering do Brasil Química e Farmacêutica LTDA ter colocado em circulação, por equívoco na cadeia de produção, as pílulas anticoncepcionais “Microvilar”, contendo farinha – e não o princípio ativo hábil à contracepção –, acarretando milhares de gravidezes inesperadas e, conseqüentemente, acalorado clamor social pela punição com rigor dos responsáveis.

Nada obstante, a Lei 9.677/98 elevou sobremaneira a sanção penal prevista para essa conduta, fixando pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, e multa, equiparando, ainda, a falsificação de cosméticos (art. 273-A, do Código Penal) às mesmas penas.

Registre-se, por oportuno, que, antes da inovação legislativa, a pena era de um a três anos de reclusão.

Apenas a título de comparação, a pena mínima imposta ao presente tipo penal (10 anos de reclusão) é maior que a sanção mínima cominada ao homicídio simples (6 anos de reclusão) e idêntica à pena máxima prevista para o roubo simples, o que caracteriza indiscutível e patente desarmonização com o princípio da proporcionalidade, especialmente ante a clara, desarrazoada e inadvertida hipertrofia punitiva (CORDEIRO, 2009, p. 47), o que já se propalava há quase uma década.

Seis anos depois da publicação desta crítica, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR, instada a se manifestar acerca da compatibilidade material do preceito secundário do tipo penal em exame com a ordem constitucional, declarou a sua inconstitucionalidade, justamente por violação ao princípio da proporcionalidade, enxergando especial acinte à proibição do excesso, em aresto cuja ementa pede-se vênua para sua transcrição (BRASIL, 2015):

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. 3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.

Sem embargo, a proibição da hipertrofia punitiva é igualmente destinada ao Estado-juiz, quando da individualização judicial da pena do condenado, devendo lançar mão de frações moderadas e proporcionais à reprovação da infração penal cometida em cada fase da dosimetria da pena, fundamentando pormenorizadamente as razões de suas escolhas, observando as peculiaridades de cada caso concreto.

Por isso, exemplificativamente, não deve o magistrado, ao dosar a pena privativa de liberdade, impor a reprimenda máxima prevista no preceito secundário do tipo penal, sem que haja elementos idôneos e fundamentação suficiente para tanto, sob pena de violação à proibição da hipertrofia punitiva.

Por derradeiro, soa, igualmente, desproporcional, porque nitidamente excessivo, impor ao sentenciado sem faltas graves e, até então, com bom comportamento carcerário, o regime disciplinar diferenciado, caso pratique falta leve ou média, o que evidencia a idêntica necessidade de observância da proibição de excesso também na execução penal.

2.3.3. Proibição da proteção insuficiente: a novel face do princípio da proporcionalidade.

Todavia, embora não se despreze a indiscutível importância histórica da sedimentação da proibição da hipertrofia punitiva em nossa ordem jurídica, as transformações sociais dos séculos seguintes tornam clarividente que o princípio da proporcionalidade não pode ser circunscrito a este viés, porque exclusivamente inerente à primeira dimensão de direitos fundamentais, remontando ao Estado Liberal de Direito do final do Século XVIII, sendo claramente obsoleta e insuficiente frente às necessidades atuais.

Neste diapasão, mormente a partir do reconhecimento de direitos fundamentais de segunda e de terceira dimensão, característicos, respectivamente, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, o alemão Claus-Wilhelm Canaris, sem desprezar o já solidificado conceito de proibição de excessos, passa a reconhecer um novel viés do princípio da proporcionalidade: a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

O Estado, validamente, não apenas tem o dever de não exceder em seus meios de punição, mas, também, o intransigível compromisso constitucional de tutelar os direitos fundamentais de seus cidadãos de forma eficaz e suficiente, de sorte que sua omissão ou a adoção de medidas parciais e insuficientes para a adequada proteção de tais direitos se revela inconstitucional, por semelhante afronta ao princípio da proporcionalidade.

A construção teórica de Canaris evidencia que o Estado não é o único personagem capaz de afrontar direitos fundamentais dos indivíduos que compõem à sociedade, sendo, igualmente, necessária a proteção estatal em favor do cidadão em relação a potenciais ofensas de terceiros.

Assim, se o Estado deixar de atuar ou agir de forma deficiente na tutela penal dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, violará o princípio da proporcionalidade, especificamente em sua nova faceta: a proibição da proteção insuficiente.

Portanto, o Estado Democrático de Direito, longe de apenas exigir apenas uma garantia de defesa de direitos fundamentais oponível contra o Estado, deverá lançar mão de todos os meios disponíveis para a pronta, eficaz e suficiente proteção dos indivíduos contra qualquer poder social de fato (STRECK, 2009, p. 92).

Neste sentido, a proibição da proteção insuficiente pode ser considerada uma operação que permite ao intérprete da norma penal aferir se um ato ou uma omissão (total ou parcial) do Estado vulnera um direito fundamental a que ele deve proteger, a exemplo da descriminalização do homicídio, que se revelaria inconstitucional diante da necessidade de proteção suficiente ao direito fundamental à vida (FELDENS, 2005, p. 109).

Sistematicamente, portanto, pode-se afirmar que o sistema de proteção dos direitos fundamentais é composto de uma proteção negativa, consistente na proteção estatal do indivíduo frente ao poder de punir do próprio Estado, e de uma proteção positiva, a saber, a tutela do Estado a direitos fundamentais de ataques de terceiros particulares.

Neste diapasão, Claus Roxin (1998, p. 76) afirma que o direito penal é composto por dois componentes: i) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; e ii) o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social, mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Em outras palavras, segundo o professor alemão, o direito penal serve, simultaneamente, para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime, protegendo, por um lado, o indivíduo de uma repressão inadvertida do Estado, mas, também, tutelando a sociedade e seus membros dos abusos do indivíduo.

Assim, se, por um lado, o Estado deve prever mecanismos de coibição dos seus próprios excessos no exercício do direito de punir, por outro, é credor de um dever prestacional de proteger suficientemente os direitos fundamentais de seu povo com a tutela

intransigente de seus mais importantes bens jurídicos, quer individuais, quer coletivos, em plena consonância com as premissas de um Estado Democrático de Direito.

A propósito, não há como falar de garantismo positivo, sem, necessariamente, discorrer, ainda que sucintamente, acerca dos chamados mandados de criminalização.

Com efeito, os mandados de criminalização podem ser conceituados como ordens emitidas pelo legislador constituinte, verticalmente dirigidas ao legislador ordinário, determinando a criminalização de determinados comportamentos altamente censuráveis, com a respectiva imposição de penas severas em seus preceitos secundários.

Vale dizer, “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral” (PONTE, 2008, p. 152).

A título de esclarecimento, não se trata de criação de tipos penais pelo poder constituinte originário no bojo do seio da Constituição, definindo seus preceitos primários e secundários, com riqueza de minudências, cuidando-se, em oposição, de uma ordem promanada do texto constitucional para que o legislador ordinário assim o faça.

Percebe-se, assim, claramente, que a Constituição da República utiliza-se da técnica dos mandados de criminalização para assegurar a proteção suficiente dos direitos fundamentais, prestigiando, assim, a ideia de garantismo positivo.

Os mandados de criminalização, pois, podem ser expressos ou implícitos.

São expressos os mandados de criminalização em que o legislador constituinte explicitamente determina a criminalização de uma conduta ao legislador ordinário, a exemplo do que se infere do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, segundo o qual “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Lado outro, são implícitos os mandados de criminalização em que o poder constituinte originário, embora não ordene expressamente a criação de um tipo penal específico, reconhece a existência de um direito fundamental, impondo, ainda que implicitamente, a sua salvaguarda por parte do legislador ordinário, incluindo sua proteção penal.

Em outras palavras, trata-se da “afirmação constitucional da dignidade penal de um bem jurídico e, simultaneamente, da necessidade de sua tutela pelo instrumento do Direito

Penal, nos casos de ataques revestidos de maior intensidade, cujas definições permanecerão a cargo do legislador ordinário” (MORAES, 2014, p. 61).

Ilustrativamente, ao determinar que “ninguém será submetido à tortura”, consoante aduz o artigo 5º, inciso III, da Lei Magna, impõe o legislador constituinte ao ordinário a inclemente proteção do direito fundamental à não-tortura, inclusive penal, sob pena de incorrer em tutela deficiente.

Portanto, pode-se concluir que os mandados de criminalização constituem “uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição” (MORAES, 2014, p. 59).

Após a breve, mas necessária, abordagem acerca dos mandados de criminalização, convém retomar a avaliação acerca do princípio da proibição da proteção deficiente, com a sucinta exposição sobre os seus destinatários.

Em semelhança ao que ocorre com a proibição da hipertrofia punitiva, a vedação da proteção insuficiente também tem como destinatários o legislador, o Estado-juiz e o executor da pena.

Exemplificativamente, uma vez outorgado pelo poder constituinte originário o mandado de criminalização sobre o racismo, reputando-o inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão (art. 5º, inciso XLII, da Magna Carta), não poderá o legislador ordinário etiquetá-lo como infração penal de menor potencial ofensivo, sob pena de descumprimento à ordem constitucional de tratamento mais severo a este crime mais reprovável e indiscutível proteção deficiente à dignidade da pessoa humana.

Outrossim, sobrevindo uma norma penal que descriminalizasse o aborto, em atividade de *abolitio criminis*, poderia ser considerada inconstitucional, por proteção insuficiente ao direito fundamental à vida. Semelhantemente, a edição de *novatio legis in mellius* que reduzisse o atual patamar de pena de reclusão de 6 a 10 anos ao crime de estupro para 1 a 2 anos de reclusão fatalmente violaria nossa ordem constitucional por deficiência de proteção do direito à dignidade sexual.

Lado outro, ao Estado-juiz também se impõe o dever de impor penas proporcionais à reprovação da infração penal praticada, considerando as circunstâncias objetivas e subjetivas que circundam o fato criminoso, sob pena de proteção deficiente ao direito fundamental tutelado pela norma penal violada pelo infrator.

Por isso, a título de exemplo, “é possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que

haja fundamentação idônea e bastante para tanto” (BRASIL, 2015), como já entendeu o Tribunal da Cidadania no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 143.071/AM.

Finalmente, a hipotética concessão de progressão de regime por juiz da execução criminal a sentenciado que cumpre pena em regime fechado por crime violento, quando houvesse exame criminológico não recomendando o seu retorno ao convívio social, revelar-se-ia, também, desproporcional e desarrazoada, vulnerando severamente o direito fundamental à segurança individual (art. 5º, “caput”, da Constituição) e coletiva (art. 6º, da Constituição).

Em apertada síntese, pode-se, então, perceber a existência de um duplo viés do princípio da proporcionalidade, a par da já consolidada proibição da hipertrofia punitiva, inerente ao Estado Liberal de Direito, a aglutinação de um novo corolário, consonante com um Estado Social e Democrático de Direito: a vedação da proteção insuficiente.

A propósito do tema, convém transcrever a exegese de Lenio Streck (2005):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Longe de se tratar de discussão meramente teórica, a construção doutrinária de Claus Canaris vem sendo reconhecida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da transcrição parcial do aresto a seguir, de lavra do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2012), no Habeas Corpus nº 102.087/MG:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*ubermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*untermasverbote*).

Portanto, a proibição da proteção insuficiente, a nova face do princípio da proporcionalidade, a respeito da qual dedicamos significativa parcela deste capítulo, é o vetor fundamental para a perfeita compreensão do conceito de garantismo penal integral que pretendemos abordar no terceiro e derradeiro capítulo deste trabalho, adequando a tradicional teoria do italiano Luigi Ferrajoli às necessidades hodiernas, consentâneas com o Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 3 – O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

3.1 A teoria do garantismo penal

A teoria do garantismo penal foi edificada na década de 1980 pelo magistrado e professor italiano Luigi Ferrajoli, surgindo como política criminal apregoadora do direito penal mínimo, cujo marco teórico é a obra “Direito e razão: teoria do garantismo penal”.

O vocábulo *garantismo*, obtempere-se, está umbilicalmente associado à ideia de *garantias* reconhecidas constitucionalmente, consistindo, portanto, em uma construção teórica que pretende assegurar e promover direitos e garantias fundamentais.

O contexto histórico deste teorema é marcado pela falência do Estado de bem-estar social e pela significativa elevação da criminalidade, na década de 1970. Como decorrência deste cenário, a chamada teoria da criminologia crítica propõe reinvestigar a criminologia, buscando modelos de política criminal que pudessem satisfazer às necessidades daquele momento histórico.

Como resultado, três modelos de política criminal foram propostos: i) o maximalismo penal, que sugere maximizar o poder punitivo do Estado para punir severamente, indistintamente, todas as infrações penais, pouco importando o grau de sua censurabilidade, com o fim de estabelecer a ordem, influenciando os modelos *tolerância zero* e *direito penal do inimigo*; ii) o abolicionismo penal, que prega a completa extinção do direito penal, por não ter, em toda a história, cumprido a função de ressocialização do condenado, dando lugar a um direito administrativo sancionador; e iii) o minimalismo penal, que estabelece a intervenção mínima do direito penal no âmbito da liberdade dos cidadãos, doutrina que influenciou a elaboração da teoria do garantismo penal.

Sem desprezar a relevância do maximalismo penal e do abolicionismo penal como importantes formulações teóricas, propõe-se, doravante, atribuir maior enfoque ao minimalismo penal, pela maior pertinência com o objeto deste trabalho.

Validamente, o garantismo penal, como um dos modelos propostos pela escola minimalista, como resposta à legislação de emergência que diminuía as garantias do processo, emergiu a partir de três razões: i) crise da legalidade do poder, marcada por agentes políticos envolvidos em corrupções, burocracias, *lobbies* de negócios e esvaziamento do parlamento e do Poder Judiciário; ii) inadequação da estrutura do Estado, que vivia uma contradição entre o modelo clássico liberal e o modelo social, gerando uma inflação legislativa provocada por pressão de interesses sociais e corporativos; e iii) crise no Estado

Social, com o enfraquecimento do constitucionalismo, decorrência da globalização (GÊNNOVA, 2007. p. 49-50).

Deveras, a experiência italiana com a vivência de regimes autocráticos, promotores de supressões e restrições de direitos fundamentais, especialmente no que se refere às liberdades individuais, justificou a elaboração desta edificação teórica, demonstrando a preocupação de Ferrajoli com as práticas do passado para, com a consolidação de sua teoria no arcabouço normativo italiano, evitar semelhantes violações a direitos individuais no futuro.

Uma vez esclarecido o contexto histórico da edificação teórica de Luigi Ferrajoli, convém conceituar o que seria a teoria do garantismo penal para, logo após, discorrer acerca de seus fundamentos.

Com efeito, segundo o próprio autor italiano, o garantismo penal pode ser assimilado sob dois enfoques: i) sob o prisma político, cuida-se de técnica de reduzir a violência e maximizar a liberdade; ii) sob a perspectiva jurídica, é uma forma de limitar o poder punitivo em garantia dos direitos fundamentais do cidadão (FERRAJOLI, 2002, p. 786).

O garantismo penal proposto por Ferrajoli, portanto, sob forte influência aristotélica, procura rechaçar o abuso no direito de punir do direito penal máximo, adotado em Estados denominados antiliberais e, também, o liberalismo selvagem presente no abolicionismo penal, prestigiando a máxima de que *a virtude está no meio termo*.

Com efeito, o sistema garantista de Luigi Ferrajoli (Sistema SG), também chamado de cognitivo ou de legalidade estrita, propõe dez axiomas que funcionam como verdadeiras técnicas de minimização do poder institucionalizado, relacionados à pena, ao delito e ao processo, os quais, harmonizados sistemicamente, determinam as regras do jogo fundamental do direito penal e do direito processual penal (FERRAJOLI, 2002, p. 91).

O primeiro grupo de axiomas traz garantias relativas à pena: i) *nulla poena sine crimine*; ii) *nullum crimen sine lege*; e iii) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*.

O adágio *nulla poena sine crimine* consagra o princípio da retributividade ou da consequencialidade entre pena e delito, estabelecendo que a imposição de uma sanção penal estará condicionada à prática de uma infração penal, sendo vedada a aplicação de pena sem a prática de um fato criminoso.

Evita-se, assim, a prática que se tornou comum na Idade Antiga e Medieval, em que os detentores do poder político, não raras vezes, conduziam arbitrariamente ao cárcere seus

inimigos políticos e pessoas marginalizadas consideradas verdadeiros *inconvenientes sociais*, circunscrevendo a prisão penal àqueles que, efetivamente, praticassem condutas tipificadas como infrações penais.

O segundo axioma, *nullum crimen sine lege*, alberga o princípio da legalidade, considerado pelo próprio Ferrajoli, como a viga-mestra do garantismo penal, segundo o qual não há crime sem lei, adotado expressamente em nosso ordenamento jurídico como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal), também previsto em outros diplomas legais, como o Código Penal (artigo 1º), o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 9º) e o Estatuto de Roma (artigo 22).

Consigne-se, aqui, que o garantismo penal impõe, fundamentalmente, quatro características à lei que deve definir as condutas humanas que configuram as infrações penais: i) lei anterior, vedando-se que legislação posterior à conduta humana possa, retroativamente, considerá-la criminosa; ii) lei escrita, não se cogitando de costumes incriminadores; iii) lei estrita, não sendo viável a analogia incriminadora e, tampouco, a tipificação de crimes senão por leis federais que observem o devido processo legislativo; e iv) lei certa, prestigiando o princípio da taxatividade, com a descrição clara, objetiva e de fácil compreensão acerca da conduta humana tipificada no preceito primário do tipo penal.

O terceiro provérbio relativo à pena, *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, consiste no princípio da necessidade (ou da economia) do direito penal, prevendo que a lei penal somente deverá incriminar determinado comportamento humano, se imprescindível para a proteção de bens jurídicos relevantes tutelados por aquela norma penal.

A rigor, o princípio da necessidade descrito por Ferrajoli equivale ao princípio da intervenção mínima, sob a premissa de que o direito penal somente pode intervir quando estritamente necessário, mantendo-se fragmentário (apenas ataques intoleráveis a bens jurídicos relevantes devem ser objeto do direito penal) e subsidiário (o direito penal é a *ultima ratio*, somente podendo intervir quando os demais ramos não resolverem o conflito satisfatoriamente).

Firmados os princípios fundamentais relacionados à pena, Ferrajoli passa a discorrer sobre os axiomas concernentes ao delito: i) *nulla necessitas sine injuria*; ii) *nulla injuria sine actione*; e iii) *nulla actio sine culpa*.

O princípio *nulla necessitas sine injuria* consagra o princípio da ofensividade ou da lesividade, estabelecendo que não há necessidade de intervenção do direito penal sem que haja uma relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a bem jurídico alheio.

Não se revela compatível com um direito penal garantista, com efeito, a tipificação de condutas autolesivas (princípio da alteridade), comportamentos humanos menos reprováveis (v.g. o revogado crime de adultério), meros estados existenciais (v.g. a revogada contravenção penal de vadiagem), manifestações de pensamento ou religiosas (v.g. criminalizar um pensamento filosófico ou o culto a determinada religião) e condutas que sequer exponham a perigo os bens jurídicos tutelados pela norma.

O segundo adágio relacionado ao delito, *nulla injuria sine actione*, consiste no princípio da exteriorização ou da materialização do fato, impondo ao direito penal que somente tipifique comportamentos humanos que representem uma ação ou uma omissão proibida por lei, demonstrando a adoção do direito penal do fato por parte do garantismo penal, repudiando a ideia de direito penal do autor, a exemplo do direito penal do inimigo, proposto pelo professor alemão Günter Jakobs, em seu funcionalismo penal radical ou sistêmico.

Validamente, o direito penal lastreado em parâmetros garantistas somente se revela legítimo à medida que exerça o seu poder-dever de punir com base naquilo que ele fez ou deixou de fazer, quando o agir era imposto pela norma, não sendo lícita a punição tão somente pelas condições subjetivas de determinada pessoa.

O princípio da materialização do fato foi expressamente adotado por nosso Código Penal, na cabeça de seu art. 2º, ao prever que “ninguém pode ser punido por *fato* que lei posterior deixa de considerar crime” (...), servindo, por exemplo, como fundamento para se sustentar a inconstitucionalidade da contravenção penal de mendicância, prevista no art. 59, do Decreto-Lei nº 3.688/41, por, claramente, consagrar hipótese de direito penal do autor.

O terceiro axioma relacionado ao delito, *nulla actio sine culpa*, trata do princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal subjetiva, exigindo que somente se configure um crime, se o seu autor, conscientemente, atuar com dolo ou com culpa, repudiando qualquer sorte de responsabilidade objetiva.

A esse respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 154.137/PB, que o direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo, sendo intolerável a responsabilidade pelo fato de outrem e inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva (BRASIL, 1998).

Embora o princípio da responsabilidade penal subjetiva tenha sido expressamente adotado pelo artigo 19, do Código Penal pátrio, há claros vestígios de responsabilidade penal

objetiva em, pelo menos, duas situações em nossa ordem jurídica: i) responsabilização pelo crime de rixa qualificada pela morte (art. 137, parágrafo único, do Código Penal), que se dá tão somente pelo simples fato da participação da rixa, ainda que se demonstre que o golpe fatal foi praticado por terceiro; ii) a punição de infrações penais praticadas em estado de embriaguez voluntária ou culposa, ainda que completa, face à adoção da teoria da *actio libera in causa* (art. 28, inciso II, do Código Penal).

Depois de sedimentar os princípios aplicáveis à pena e ao delito, Ferrajoli, por derradeiro, finaliza o “Sistema SG” elencando quatro axiomas relacionados ao processo penal: i) *nulla culpa sine iudicio*; ii) *nullum iudicium sine accusatione*; iii) *nulla accusatione sine probatione*; e iv) *nulla probatione sine defensione*.

O provérbio *nulla culpa sine iudicio* consagra o princípio da jurisdicionalidade, estabelecendo que o reconhecimento de culpa, no âmbito do processo penal, somente pode ser feito pelo juiz, não sendo dado aos demais poderes, a exemplo do Executivo e do Legislativo, declarar um acusado culpado e ordenar cumprimento de pena em seu desfavor.

Já o adágio *nullum iudicium sine accusatione* consagra o princípio acusatório ou da separação entre as funções de acusar e julgar, prevendo que o juiz não poderá reconhecer a culpa de qualquer pessoa sem que seja provocado por órgão distinto, preservando-se inerte.

Validamente, ao atribuir ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, a ordem jurídico-constitucional brasileira adotou, expressamente, o princípio acusatório, consoante o que se extrai do artigo 129, inciso I, da Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre o tema na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5104/DF, consignou, no âmbito jurisprudencial, a expressa adoção do sistema acusatório pelo processo penal brasileiro (BRASIL, 2014):

A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.

Denomina-se acusatório este sistema porque ninguém pode ser condenado sem que haja uma acusação formal, elaborada por órgão acusatório distinto do julgador, em que se narre, com precisão, o fato criminoso imputado e suas circunstâncias, oportunizando ao

acusado que se defenda daquela acusação por intermédio de uma defesa técnica, sem prejuízo do exercício pessoal da autodefesa.

A mais importante característica deste sistema é a separação das funções de acusador, defensor e julgador, assegurando a imparcialidade do juiz, com a condução do processo de forma pública, isonômica e dialética, atribuindo-se às partes o protagonismo na produção das provas.

O terceiro princípio relacionado ao processo é o do ônus da prova ou da verificação (*nulla acusatione sine probatione*), segundo o qual a acusação formal de uma pessoa perante um juízo criminal não pode ser temerária, somente podendo deflagrar a ação penal caso haja justa causa, isto é, provas da existência da infração penal e indícios suficientes de sua autoria, sob pena de rejeição da peça acusatória, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Em nosso sistema jurídico, a propósito, prevalece que cabe ao Ministério Público ou ao querelante provar os fatos constitutivos do poder de punir, a saber, a conduta típica, sua autoria, incluindo os elementos subjetivos do tipo penal, ao passo que os fatos impeditivos, a exemplo das causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade, devem ser comprovados pela defesa (BADARÓ, 2003, p. 259).

Finalmente, o derradeiro axioma de Ferrajoli relacionado ao processo é sintetizado pelo adágio *nulla probatione sine defentione*, prestigiando o princípio da ampla defesa e do contraditório ou da falseabilidade, expressamente adotados pela ordem jurídico-constitucional brasileira no artigo 5º, inciso LV, da Carta Constitucional.

A ampla defesa confere ao acusado o manejo de amplos e extensos métodos para se defender da imputação veiculada em seu desfavor na ação penal, conferindo-lhe ampla possibilidade de defesa como compensação devida pela força estatal dos órgãos constituídos e plenamente preparados para a persecução penal.

Por isso, assegura nosso Código de Processo Penal, na cabeça de seu artigo 261 que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, reputando o Supremo Tribunal Federal como causa de nulidade relativa a deficiência de defesa técnica, em havendo demonstração de prejuízo em face do acusado, consoante o seu verbete sumulado nº 523.

Por sua vez, o princípio do contraditório impõe que todas as alegações e provas apresentadas por uma parte deverão oportunizar à parte adversa o direito de manifestação,

buscando o justo e necessário equilíbrio na relação entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção da presunção relativa de inocência do acusado.

Eis, em apertada síntese, as principais premissas da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, condensadas a partir dos dez axiomas de seu sistema de garantias.

Cuida-se, à toda evidência, de modelo inquestionavelmente bem estruturado destinado a contribuir com a crise que assolava os sistemas penais à época, desde o nascedouro da lei até o final cumprimento da pena, englobando desde a criação da lei penal, com a eleição de bens jurídicos tutelados, até as peculiaridades da execução penal, passando pela obediência às regras e garantias da atividade jurisdicional e à regular função constitucional dos sujeitos processuais.

Neste diapasão, como se percebe, ao se debruçar sobre os dez axiomas do sistema de garantias de Ferrajoli, a Constituição da República de 1988 não deixa margem de dúvidas quanto à sua opção garantista, porquanto consagra a estrutura dialética processual, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e o Ministério Público como protagonista de um sistema acusatório.

Não se questiona, portanto, a primazia da leitura garantista no âmbito penal e processual penal, com a integral acolhida de todos os seus axiomas por nossa ordem jurídico-constitucional (OLIVEIRA, 2017, p. 31). Por este motivo, já se afirmou que “o pensamento garantista nada mais é do que a face do constitucionalismo” (CALABRICH; FISCHER; PELELA, 2017, p. 25).

Compreende-se, assim, que adoção da teoria garantista pelo legislador constituinte de 1988, conferindo proeminência aos direitos e garantias fundamentais, é plenamente justificada pelos mesmos motivos de sua elaboração na Itália: a necessidade de consolidar e de robustecer o catálogo de direitos individuais para evitar novas supressões e restrições decorrentes de experiências antidemocráticas passadas.

Noutras palavras: o fato de Itália e Brasil terem passado por regimes autocráticos fez com que o seus povos tivessem compreensível preocupação para com o Estado, o que, naturalmente, intensificou a necessidade de sedimentação do direito geral à liberdade para evitar futuros e semelhantes tolhimentos.

Por este motivo, dedica-se, a seguir, um item próprio em que se pretende compreender o fenômeno denominado de garantismo penal brasileiro, buscando entender as razões da adoção da edificação teórica italiana neste país, passando à análise da leitura de

alguns autores brasileiros acerca da teoria para, então, esquadrihar a sua ortodoxia em comparação às reais pretensões do professor italiano ao formular sua teoria garantista.

3.2 O garantismo penal brasileiro

A especial preocupação com a tutela dos direitos fundamentais de natureza individual pela doutrina brasileira, naturalmente compreensível pelo período autocrático vivenciado nas décadas anteriores à redemocratização, marcado por odiosas supressões e inadvertidas restrições ao direito geral de liberdade, aliás, fez com que a teoria de garantismo penal fosse bastante festejada pelos autores nacionais.

Deveras, as críticas severas de Ferrajoli à turbação da liberdade dos cidadãos, promovida pelo Estado, em períodos antidemocráticos, foram amplamente aceitas e repercutidas em terras brasileiras, devido à conjuntura histórica aqui vivenciada, ecoando, de imediato, nas obras voltadas às ciências penais.

Acresça-se a isso o fato de que o sistema penitenciário brasileiro revelou sua absoluta inaptidão para a concretização da função ressocializadora da pena (prevenção especial positiva) em relação aos sentenciados, o que, à toda evidência, granjeou ainda mais antipatia de significativa parcela da doutrina brasileira em relação ao sistema punitivo, o que potencializou os encômios às premissas garantistas de redução do poder punitivo e de maior proeminência à liberdade ambulatoria da pessoa humana.

É bem verdade que a teoria do garantismo penal foi articulada, na avaliação de Norberto Bobbio, “com admirável clareza”, notadamente por ser Ferrajoli “um amante das teses claras e precisas” (BOBBIO, 1989, p. 7).

Entretanto, ao repercutir a teoria do garantismo penal, no Brasil, o contexto histórico brasileiro pós ditatorial e o ceticismo decorrente da falência do sistema penitenciário conduziram a doutrina brasileira à atribuição de maior proeminência à tutela das liberdades individuais em detrimento da semelhante necessidade de proteção dos direitos sociais.

Não é outra a constatação feita, com pesar, por Eugenio Pacelli de Oliveira:

Por inúmeras e nem sempre esclarecidas razões, a teoria do garantismo penal, tal como articulada por Luigi Ferrajoli, não tem sido lida com observância da advertência lançada pelo autor, e bem resumida por Norberto Bobbio, no prefácio à 1ª edição italiana da obra intitulada *Direito e razão*, publicada no Brasil pela Editora Revista dos Tribunais, em 2002. (OLIVEIRA, 2017, p. 29).

De efeito, os três maiores desvirtuamentos da teoria garantista, no Brasil, parecem ser os seguintes: i) associar o garantismo penal à ideia de impunidade ou de não punição, a qualquer custo; ii) confundir o ideal garantista com doutrinas abolicionistas; e iii) reconhecer exclusivamente direitos fundamentais de natureza individual relativos aos investigados e acusados em geral, desprezando a necessidade de idêntica defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos tutelados pelos tipos penais incriminadores.

Pois bem.

Inicialmente, convém perceber a existência, no Brasil, de uma polarização, em que aquele que defende que a repressão penal, por ocasião da prática delitiva, deve ser aplicada na menor medida possível – ou, até mesmo, não aplicada – invoca o título de *garantista*, ao passo que, aquele que sustenta a necessidade de uma maior e mais repressiva resposta estatal recebe a etiqueta de *antigarantista*.

Pertinente, neste diapasão, a crítica do professor Eugênio Pacelli a propósito da inadvertida compreensão a respeito do real sentido dos ideais garantistas (OLIVEIRA, 2017, p. 29):

Infelizmente, no Brasil, a questão garantista vem sendo posta ao nível de patrulhamento ideológico, do qual emerge sempre a pergunta, tida como definitiva e soberana, repetida à exaustão: você é ou não garantista? Se a resposta for tão singela quanto a indagação, o alinhamento será automático: vanguarda do bem ou retaguarda do mal. Sem meio termo (...).

Nada obstante, não é raro ouvir profissionais do Direito, militantes na seara penal, no cotidiano forense, associando – inadvertidamente, frise-se – a ideia de garantismo penal à absoluta complacência do poder punitivo do Estado em favor do criminoso, diante da prática de uma infração penal, deixando de aplicar a sanção devida por ocasião do comportamento delitivo, pouco importando o grau de sua censurabilidade.

Noutras palavras, vale dizer, há quem pense que o garantismo penal nada mais é que mais uma inconsequente teoria apregoadora da impunidade a qualquer custo, o que, na essência, está longe de ser o pensamento do professor italiano.

Neste diapasão, já se afirmou que, “entre nós, não tem sido incomum a invocação de supostos postulados garantistas, que, muitas vezes, nada mais são que mistificação de teses defensivas travestidas de ‘autêntica’ doutrina, quando não um simples e desavergonhado apanágio à impunidade” (CALABRICH; FISCHER; PELELA, 2017, p. 26).

De fato, o exercício de uma cautelosa análise sobre a teoria de Ferrajoli conduzirá à percepção de que o garantismo está longe de ser isto.

A título de exemplo, ao sustentar o adágio *nulla culpa sine iudicio*, o professor italiano defende, *a contrario sensu*, que, sendo devidamente reconhecida a culpa do agente criminoso pelo Estado-juiz, em um procedimento dialético e acusatório, em que se assegure uma ampla e substancial defesa ao acusado, é absolutamente legítima a sua condenação, ao passo que, ao defender o axioma *nulla poena sine crimine*, Ferrajoli, inversamente, admite ser legítima a aplicação da pena – inclusive privativa de liberdade – quando efetiva e comprovadamente praticada uma infração penal.

É necessário, por oportuno, dizer que objetivo garantista de reduzir ao máximo o poder punitivo para conferir a maior liberdade possível ao indivíduo está longe de equivaler ao fornecimento, por parte do Estado, de um alvará conferindo absoluta imunidade ao agente para praticar as mais bárbaras e variadas infrações penais, aniquilando o poder-dever de punir do Estado, para prestigiar, incondicionalmente, a absoluta liberdade do infrator, não importando o que ele tenha feito.

Exemplificativamente, assim já se manifestou o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, a propósito do tema: “Estado que pune empresário que ganha licitação porque ganhou propina não é Estado policial: é Estado de justiça” (BARROSO, 2017).

Por isso, legitimada a intervenção penal, nos casos em que sejam constitucionalmente válidas a incriminação e a apenação, não pode haver preferências valorativas em um ou outro sentido – condenação ou absolvição (OLIVEIRA, 2017, p. 30).

A doutrina garantista, pois, em nada tem a ver com qualquer exercício hermenêutico inadvertido que conduza à conclusão de que o garantismo penal defende a necessidade de absolvições indiscriminadas a todos os acusados e a não aplicação da pena a qualquer custo, em verdadeira atividade de má-fé interpretativa e de estelionato intelectual.

Em apertada síntese, “garantismo não significa que ninguém nunca é punido por coisa nenhuma, não importa o que tenha feito” (BARROSO, 2018).

Uma vez demonstrada a absoluta impertinência da inadvertida assimilação da teoria do garantismo penal como instrumento de impunidade, impõe-se a avaliação a respeito de sua relação com a doutrina do abolicionismo penal.

Semelhantemente, muitos operadores jurídicos, notadamente na área criminal, tendem à propagação do repúdio do sistema penal e ao apreço às ideias abolicionistas, muitas

vezes, classificando a imposição de penas privativas de liberdade como um fenômeno *antigarantista*, como se fosse a prisão, necessária e invariavelmente, um instrumento contrário ao ideal garantista.

Não se ignora, evidentemente, que, inspirado pela ideia iluminista, o modelo proposto pelo autor italiano, a par de denunciar o desenvolvimento hipertrófico do direito penal, pretende ampliar, na maior medida possível, a esfera de liberdade e restringir, ao mínimo necessário, o poder punitivo, permitindo a cada indivíduo o gozo da máxima liberdade possível (BOBBIO, 1989, p. 8-12).

Todavia, em momento nenhum se propõe a completa extinção do poder punitivo e a adoção do abolicionismo penal, à medida que a pretendida *redução* do poder punitivo está longe de significar sua completa *aniquilação*.

Assim, se, por um lado, Ferrajoli manifesta-se contra o direito penal máximo e antiliberal, fomentador de um modelo tendente ao abuso do direito de punir, por outro, semelhantemente, repudia a carência de regras das doutrinas abolicionistas, que conduz à liberdade selvagem (BOBBIO, 1989, p. 8).

Logo, é perceptível que o autor italiano despreza tanto o modelo de Estado policialesco de exceção, promotor de supressões e restrições inadvertidas de direitos fundamentais, quanto o modelo anárquico, destituído de regras coercitivas de convivência, estabelecendo como meta a vigência de um Estado de Direito que lance mão de um direito penal mínimo, isto é, imponha penas razoáveis aos agentes criminosos, sempre que isto se fizer necessário.

Neste diapasão, ao discorrer sobre as doutrinas abolicionistas, Luigi Ferrajoli (2002, p. 203) sustenta que elas perseguem um modelo pouco atrativo de sociedade selvagem, sem qualquer ordem e abandonada à lei natural do mais forte, ostentando o vício da utopia e da regressão ao Estado de Natureza, destituído de regras e abandonada à sua própria sorte.

Como se não bastasse, crê o autor italiano que o abolicionismo desvaloriza a teoria do garantismo penal, não oferecendo nenhuma contribuição à solução do difícil problema da limitação do poder punitivo, sendo, a rigor, um projeto estéril e inconsistente, cuidando-se de sistema ilimitadamente autoritário que confia ao jogo livre e desenfreado dos poderes, pouco importando se individuais, sociais ou políticos.

Percebe-se, assim, clara e conclusivamente, que o garantismo penal, em sua pureza, está longe de ser uma teoria fomentadora da impunidade ou de apregoar a absoluta ausência

de punição ao agente criminoso, pouco importando o grau de censurabilidade da infração penal praticada.

Finalmente, a terceira e derradeira distorção hermenêutica constatada acerca da teoria garantista consiste em circunscrever o âmbito de proteção do garantismo penal aos direitos fundamentais de natureza individual pertencentes aos investigados e acusados em geral, desprezando os demais direitos fundamentais individuais e coletivos igualmente tutelados pela norma penal.

Com efeito, para os autores que advogam essa visão parcial e reducionista do garantismo, haveria uma hierarquização entre direitos fundamentais, sendo prevalentes os direitos fundamentais de natureza individual dos investigados e acusados em detrimento dos direitos sociais, ainda que igualmente dotados de *jusfundamentalidade*.

A título de exemplo, na avaliação de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, a teoria do garantismo penal deslegitima qualquer modelo de controle social (v.g. o sistema penal) que coloque a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 19).

A partir desta afirmação, convém indagar: de fato, a sobreposição hierarquizada dos direitos fundamentais de natureza individual sobre os de índole social e coletiva, como suso sugerido, encontra supedâneo em nossa doutrina constitucionalista?

É consabido, com efeito, que a adoção do princípio da unidade, por nossa ordem jurídico-constitucional, não admite a hierarquização de normas constitucionais providas do poder constituinte originário, como é o caso dos direitos fundamentais, impondo ao intérprete o dever de harmonizar, casuisticamente, as tensões e os conflitos existentes entre os interesses em aparente conflito.

Vale dizer, noutras palavras, que a pretendida sobreposição dos direitos fundamentais individuais sobre os coletivos não encontra lastro em nosso arcabouço constitucional.

Pertinente, neste sentido, a admoestação do ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, segundo quem “a interpretação constitucional deve cuidar de não supervalorizar os direitos individuais quando em frontal colisão com iguais valores constitucionais de interesse social” (BARROS, 2017, p. 28).

A interpretação crítica do pensamento Ferrajoli, reconhecendo a importância dos direitos fundamentais de natureza social, já vem sendo realizada, semelhantemente, pela abalizada doutrina internacional:

“el paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de autonomía privada), derechos liberales (o de libertad) y *derechos sociales*” (MARTÍ MARMOL, 2005, p. 384). Grifou-se.

Como se não bastasse, Norberto Bobbio, ao prefaciar a obra “Direito e razão”, contradiz o argumento da proteção garantista ser exclusiva aos interesses individuais, sustentando, ao revés, que o garantismo penal, a par de realmente tutelar os direitos de liberdade, também é chamado a proteger especialmente os *dereitos sociais* (BOBBIO, p. 7).

Finalmente, invocando a exegese do próprio professor Luigi Ferrajoli (2006, p. 113), “el paradigma garantista puede expandirse (...) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos y em ámbito internacional y no solo estatal”.

Portanto, a compreensão reducionista que muitos autores brasileiros querem atribuir ao garantismo penal de circunscrevendo seu âmbito de proteção apenas à tutela de interesses e direitos fundamentais individuais, desprezando os de natureza coletiva, pode ser considerada, de fato, um equívoco (SOUZA, 2017, p. 27).

Tanto é verdade que o próprio Ferrajoli, mais recentemente, na evolução de seu pensamento garantista, reconheceu a existência de uma nova criminalidade, “de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales: la criminalidade del poder” (FERRAJOLI, 2008, p. 250).

Extraí-se, assim, que o próprio mestre italiano, em posição oposta à interpretação brasileira de tutela exclusiva dos interesses individuais, considera que a prática dos denominados crimes de poder afronta, igualmente, os direitos fundamentais, mas de forma especialmente perniciosa, sendo o poder de punir, notadamente nestes casos, um dever do Estado em face dos agentes criminosos em defesa da sociedade, perfeitamente consonante com o seu modelo garantista.

Apenas a título de exemplo, convém rememorar a exegese do próprio Luigi Ferrajoli, quando questionado, em terras brasileiras, em uma palestra proferida no Ministério da Justiça, em Brasília, em 16 de outubro de 2013, sobre a compatibilização entre sua teoria do garantismo penal com a necessidade de punição dos agentes públicos pelos crimes praticados durante o regime militar, respondendo o professor italiano que, em sua visão garantista, óbices de natureza temporal, como a prescrição, não poderiam ser opostos diante

da obrigação positiva do Estado de agir no sentido de punir eficazmente os autores destes delitos (FISCHER, 2007, p. 63).

Não se trata, portanto, a teoria do garantismo penal, à toda evidência, de instrumento de impunidade dirigido ao afastamento, a qualquer custo, do direito de punir estatal.

Ressalte-se, por derradeiro, não ser raro, hodiernamente, um desvirtuamento dos integrais postulados garantistas, na medida em que a ênfase única de parcela da doutrina permanece recaindo exclusivamente sobre direitos fundamentais individuais, como se houvesse apenas a exigência de um *não-fazer* por parte do Estado, assegurados apenas de direitos de primeira geração e uma visão monocular de que o Estado continua sendo o *Leviatã* (FISCHER, 2017, p. 28).

À visão reducionista, claudicante e obnubilada apresentada sobre o garantismo penal por parte de alguns autores brasileiros, tem-se denominado garantismo hiperbólico monocular, expressão cunhada por pelo Procurador da República Douglas Fischer (2009), segundo o qual:

Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados.

Em síntese, o Estado Democrático de Direito impõe o inquestionável respeito ao direito de defesa, a ser assegurado de forma intolerante aos acusados em geral. Entretanto, a proteção dos direitos fundamentais individuais é apenas um dos pressupostos da teoria garantista, não sendo o único, exigindo-se do Estado o dever de semelhante proteção à segurança de seus cidadãos, bem assim aos seus direitos coletivos (SOUZA, 2017, p. 27).

Crê-se, com isso, ter abordado os traços fundamentais do que se convencionou denominar de garantismo brasileiro.

Regressando, agora, à essência da teoria do garantismo penal, é importante questionar: com o transcurso dos tempos, seria a teoria de Ferrajoli, de natureza essencialmente liberal, suficiente à disciplina do poder punitivo do Estado nos dias atuais e consentânea com o Estado Democrático de Direito vigente em nosso país?

Pretende-se, objetivamente, responder este questionamento no próximo item deste capítulo, em que se fará uma avaliação progressiva entre a ideia de garantismo penal

negativo e a novel edificação teórica do garantismo penal positivo, que, somadas, prestigiarão o conceito maior de garantismo penal integral.

3.3 Do garantismo penal negativo ao garantismo penal positivo: a busca pelo garantismo penal integral.

É consabido que a teoria garantista teve, inegavelmente, como pressuposto fundamental a proteção dos direitos fundamentais individuais, denominados de primeira geração ou dimensão, tendo sido edificada por um movimento de magistrados italianos, capitaneados por Luigi Ferrajoli, em reação ao momento histórico de avanço inadvertido e de endurecimento excessivo das leis penais na Itália naquele período (FISCHER, 2009, 62).

Paralelamente, no Brasil, o período autocrático vivenciado na segunda metade do Século XX, marcado por supressões e restrições de direitos fundamentais individuais, explica a justificável preocupação do poder constituinte originário, claramente influenciado pelos ideais garantistas, em sobrelevar os direitos fundamentais na nova ordem jurídico-constitucional erigida pela Constituição da República de 1988, sedimentando uma importante doutrina de garantias individuais asseguradas pelo Estado aos seus cidadãos, notadamente no âmbito do direito penal e do processo penal.

Justamente em razão do contexto histórico imediatamente posterior ao período autoritário vivenciado no Brasil, a teoria do garantismo penal granjeou, especialmente a partir da metade da década de 1990, distinta notoriedade entre os autores brasileiros, começando a deflagrar manifestações doutrinárias mais enfáticas fazendo coro à necessidade de aplicação desta doutrina de garantias em nosso país.

De fato, assim, pode-se afirmar, com segurança, que nossa Constituição da República de 1988 acolheu a doutrina do garantismo penal, nos moldes propostos pelo professor Luigi Ferrajoli.

Extrai-se, todavia, deste conceito tradicional de garantismo penal, elaborado por Ferrajoli e festejado por boa parte dos autores brasileiros, uma acepção unitária, exclusivamente negativa e fundamentalmente abstencionista.

Se, por um lado, essa visão negativa do garantismo é plenamente compreensível, diante do contexto histórico italiano e brasileiro de violações a liberdades negativas em que foi edificado e adotado, por outro, não se pode olvidar ser esta teoria consentânea apenas às necessidades do vetusto Estado Liberal de Direito na proteção das liberdades individuais.

Por isso, à visão garantista tradicional de Luigi Ferrajoli tem-se denominado de garantismo *negativo*, nomenclatura justificada pelo enfoque na tutela exclusiva de direitos fundamentais de primeira dimensão, especialmente nas liberdades negativas de investigados e acusados em geral frente ao poder punitivo (*proteção negativa*), que impõem ao poder público deveres de abstenção inerentes a um Estado de Direito fortemente estruturado sob premissas estritamente liberais.

Nada obstante, todavia, nossa Constituição da República, em seu preâmbulo e na cabeça de seu artigo 1º, constituiu a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, agregando os elementos *social* e *democrático* ao Estado Liberal, passando a reconhecer não apenas os direitos fundamentais de primeira dimensão, mas, especialmente, impondo a semelhante, necessária e inexorável tutela dos interesses de segunda e de terceira dimensão, consagrando a ideia maior de proteção *integral* dos direitos fundamentais.

De fato, ultrapassado o vetusto modelo de Estado Liberal, é ilusório pensar que a função do Direito (e do Estado), em tempos hodiernos, esteja restrita à proteção contra abusos estatais (BARATTA, 1999, p. 110), mormente sob a égide de um Estado Social e Democrático de Direito, como expressamente constituída a República Federativa do Brasil.

Vale dizer, o Estado deve deixar de ser visto como inimigo como inimigo dos direitos fundamentais, passando a ser encarado como auxiliar de seu desenvolvimento (STRECK, 2008).

Por isso, apregoa Alessandro Baratta (1999, p. 110) que o Estado Democrático de Direito exige uma *política integral de proteção de direitos*, conjugando o dever de proteção estatal de limitação ao poder punitivo (proteção negativa), com o igualmente necessário dever de proteção positiva por parte do Estado em relação aos demais direitos fundamentais.

Cuida-se de decorrência da evolução do Estado e do papel assumido por sua ordem jurídica, baseados em um constitucionalismo compromissório e social, consubstanciando um novo modelo de Estado que deverá dar respostas para as necessidades de todos os direitos (STRECK, 2008).

Ao novel dever do Estado de promover a proteção suficiente e eficaz dos direitos fundamentais de seus cidadãos contra ataques e ameaças provenientes de terceiros, por intermédio de prestações positivas, sindicáveis e justicáveis, tem sido denominado garantismo *positivo*.

Por via de consequência, o descumprimento a este dever positivo e prestacional de proteção deve ser considerado uma verdadeira omissão inconstitucional, em frontal violação

ao princípio da vedação da proteção insuficiente, a nova faceta do princípio da proporcionalidade (STRECK, 2005).

Esclareça-se, por oportuno, que a concepção de garantismo positivo, longe de defender o avanço atroz e desmedido do poder de punir, a violação de direitos fundamentais de natureza individual ou a vigência retrocessiva de um Estado de exceção policialesco, tão somente apregoa a necessidade de proteção eficaz, suficiente e integral dos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos, sendo plenamente consentânea com o Estado Social e Democrático de Direito vigente.

Advirta-se, ainda, que garantismo negativo e garantismo positivo não são duas correntes teóricas inconciliáveis, contrapostas e nem, tampouco, litigantes entre si.

Ao revés, cuida-se de duas faces da mesma moeda que, conjugadas, compõem o conceito maior de *garantismo integral*, cujo propósito maior é a harmônica, sistêmica e integral proteção de todos os direitos assegurados constitucionalmente, abrangendo os de primeira, segunda e terceira dimensão.

A compreensão, portanto, dos ordenamentos penal e processual penal reclama uma interpretação sistemática e *integral* dos princípios e valores constitucionais, diante de uma Constituição que preveja a necessidade de proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, sem prejuízo de uma proteção especial e ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e acusados em geral (FISCHER, 2009, p. 69).

A estrutura conceitual de garantismo penal integral, portanto, se pudesse ser sintetizada em uma fórmula aritmética, seria composta pela soma do garantismo negativo de Luigi Ferrajoli (proibição do excesso), com o garantismo positivo de Claus-Wilhelm Canaris (vedação da proteção insuficiente).

A justificativa para a adoção de um garantismo integral residente em que a Constituição da República determina a proteção dos direitos fundamentais de duas formas: de um lado, protege-se o cidadão frente ao Estado; por outro, protege-o por intermédio do Estado – inclusive por intermédio do poder punitivo –, exatamente porque o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais tutelados em face da violência de outros indivíduos (STRECK, 2008).

Assim, em que pese seja imprescindível a austera defesa dos direitos fundamentais individuais – notadamente dos investigados e acusados em geral –, é necessário observar que, à luz de uma concepção sistêmica e integral da Constituição da República, consentânea com um Estado Democrático de Direito, a ordem jurídico-constitucional pátria prevê outros

direitos e deveres constitucionais igualmente merecedores de igual preocupação, a exemplo dos direitos coletivos e sociais.

Por isso, conclui Lenio Streck, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos, com a sua necessária proteção contra os diversos tipos de agressões, consciente de que a agressão a direitos fundamentais pode provir de quaisquer poderes sociais de fato – e não somente do próprio Estado (STRECK, 2008).

O garantismo penal integral, assim, revela a necessidade de harmônica ponderação entre a dignidade da pessoa humana, mediante a proteção dos direitos fundamentais individuais, e a adequada preservação dos instrumentos investigatórios e processuais que permitem ao Estado que se desincumba eficazmente do dever de prestar segurança aos seus cidadãos (SOUZA, 2017, p. 27).

Não é demais insistir: a aglutinação pretendida de um viés positivo à teoria do garantismo penal não pretende, em hipótese nenhuma, relativizar ou suprimir os direitos fundamentais dos investigados e acusados em geral, aniquilando conquistas históricas já sedimentadas e incorporadas ao patrimônio jurídico-normativo pátrio, o que jamais se toleraria em um sistema penal garantista, como o adotado por nossa ordem jurídico-constitucional.

Ao revés, a consolidação do garantismo penal integral equivale a consagrar a vigência de um direito penal do equilíbrio, preocupado com a proteção, na mesmíssima medida, tanto dos direitos individuais dos investigados e acusados em geral, quanto dos direitos fundamentais coletivos inerentes à sociedade, a exemplo do direito individual e social à segurança e dos bens jurídicos de natureza difusa, igualmente protegidos pela norma penal.

Assim, o equilíbrio entre o respeito às liberdades individuais, com a necessária limitação à atividade estatal que fira a esfera inquebrantável do cidadão, e a mão firme do Estado a coibir as condutas que atentem contra a ordenação básica de convívio, com a proteção suficiente e eficaz dos interesses coletivos e sociais, é o que se espera das instituições encarregadas de cumprir integralmente os comandos ordenados pela Constituição da República (CALABRICH; FISCHER; PELELA, 2017, p. 26).

Conclui-se, pois, que o garantismo penal integral, longe de visar à punição a qualquer custo, sustenta, ao revés, a necessidade de intransigente respeito às garantias individuais do acusado, sem descurar dos demais direitos fundamentais de natureza coletiva, igualmente caros à ordem jurídico-constitucional pátria e dignos de semelhante proteção

jurídica pelo sistema de justiça criminal, sendo um verdadeiro instrumento do direito penal do equilíbrio, consonante com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

Expostas as premissas teóricas acima, faz-se necessário, neste próximo e último item deste trabalho, discorrer sobre como o garantismo integral deve ser o instrumento de proteção eficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

3.4 O garantismo penal integral como instrumento de proteção suficiente dos direitos fundamentais individuais e coletivos

Em uma avaliação apriorística, há quem possa imputar ao direito penal e ao processo penal o papel de contumazes violadores de direitos fundamentais dos cidadãos, na exata medida em que, uma vez praticada uma infração penal, cuja existência e a autoria estejam devidamente comprovadas, emerge o poder-dever de punir e o direito de perseguir a aplicação da pena, o que, invariavelmente, acarretará na limitação de certos direitos fundamentais do condenado, a exemplo da liberdade ambulatoria, caso impostas penas privativas de liberdade, e do patrimônio, nos casos de condenação à pena de multa.

Entretanto, é necessário deixar claro, como já se fez alhures, que a função do direito penal contemporâneo, consentâneo com o Estado Democrático de Direito, é a inclemente *proteção* dos direitos fundamentais de seus cidadãos, previstos na Constituição da República, contra os mais relevantes e intoleráveis ataques ou ameaças.

O poder constituinte originário, então, ao prever, no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, sedimentou o papel do direito penal de exclusiva proteção dos direitos fundamentais.

Como já se mencionou alhures, invocando a exegese de Claus Roxin, (1998, p. 76), o direito penal serve, simultaneamente, para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime, protegendo, por um lado, o indivíduo de uma repressão inadvertida do Estado, mas, também, tutelando a sociedade e seus membros dos abusos do indivíduo.

Vale dizer, a Constituição da República determina que a proteção dos direitos fundamentais deve ocorrer de duas formas: i) tutelando o cidadão *frente* ao Estado; e ii) tutelando o indivíduo *através* do Estado e, inclusive, por intermédio do poder punitivo, porque o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais tutelados em face da violência de outros indivíduos (STRECK, 2008).

Cumprido ressaltar, no entanto, que apenas serão objeto da tutela penal os ataques mais relevantes, socialmente perniciosos e juridicamente intoleráveis que não puderem ser objeto de suficiente proteção pelos demais ramos do direito, o que prestigia a ideia de intervenção mínima, fora do que a ingerência penal sobre aquele comportamento desviado não pode ser considerada válida, repudiando-se qualquer ideia de maximalismo penal.

Em apertada síntese, portanto, a função do direito penal consentâneo ao Estado Democrático de Direito é a intransigente proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, o que legitima o uso da coação para atender aos fins pretendidos.

Estabelecidas essas premissas iniciais, objetiva-se, nas próximas páginas, demonstrar como o garantismo integral: i) deve apresentar o direito penal como um instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e sociais; ii) deve servir à salvaguarda do direito fundamental (individual e coletivo) à segurança; e iii) deve assimilar o direito penal e o processo penal como ferramentas de proteção dos direitos fundamentais dos investigados e dos acusados em geral.

3.4.1. A função do direito penal de proteção dos direitos fundamentais individuais dos sujeitos passivos da infração penal

A partir do reconhecimento de um bem jurídico de extrema importância à coexistência social, vindo o legislador constituinte a elevá-lo à categoria de direito fundamental, emerge o dever jurídico do Estado de o proteger, por intermédio de sua legislação, lançando mão dos diversos mecanismos de tutela previstos em seu arcabouço normativo, com o propósito de dissuadir terceiros particulares, poderes sociais de fato e, até mesmo, agentes públicos que porventura venham a agir ao arrepio de seus deveres funcionais.

A título de exemplo, uma vez reconhecido o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar (art. 5º, inciso XI), o agente público que ingressar em casa alheia fora das hipóteses constitucionalmente excepcionadas, estará sujeito a uma tripla responsabilização: i) administrativa, decorrente de uma violação aos seus deveres funcionais, podendo ser apenado desde uma advertência até a demissão, observado o devido processo administrativo; ii) civil, em razão dos danos materiais e morais suportados pelo titular do direito violado em face do ato ilícito praticado, nos termos dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil; e iii)

criminal, pela prática do crime de violação de domicílio, capitulado no artigo 150, do Código Penal.

Percebe-se, então, assim, que o crime de violação de domicílio não se encontra tipificado como infração penal por pura potestade do legislador ordinário, mas, ao revés, cumpre o desiderato constitucional de salvaguardar o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, estabelecendo penas privativas de liberdades àqueles que praticarem a conduta em exame como mecanismos coativos de dissuasão deste comportamento, prestigiando a função de prevenção geral positiva da pena.

Validamente, o direito à vida, seguramente o mais relevante e *sacrossanto* bem jurídico existente em qualquer sociedade do Ocidente, por dele decorrerem todos os demais valores, é reconhecido como direito fundamental, conforme estabelece a cabeça do art. 5º, do Texto Magno.

A partir do reconhecimento do direito fundamental à vida, surgem, pelo menos, três deveres constitucionais de proteção em relação ao seu titular: i) o dever negativo de o Estado, por meios próprios e diretos, abster-se de aniquilar a vida alheia, o que apenas se excepciona em caso de determinados crimes militares, em caso de guerra declarada (art. 5º, inciso XLVII, *a*, da Magna Carta); ii) o dever positivo de o Estado, por intermédio de seus agentes de segurança (art. 144 e seguintes, do Texto Constitucional), evitar que terceiros retirem a vida do titular; iii) o dever positivo de o Estado proporcionar prestações materiais mínimas (mínimo existencial) que assegure ao seu titular uma vida digna.

Depreende-se, assim, do dever constitucional de proteção ao direito fundamental à vida, a existência de um mandado constitucional *implícito* de criminalização, consistente na outorga de uma ordem vertical sobre o legislador ordinário, de proteção penal suficiente àquele bem jurídico, sob pena de violação do princípio da proibição da proteção deficiente.

Assim, a proteção do direito fundamental à vida, exigida pela Constituição da República, levou o legislador ordinário à criminalização do homicídio, ao estabelecer, no artigo 121, do Código Penal, penas privativas de liberdade àquele que “matar alguém”.

Ora, o homicídio, como não se olvida, é “o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência (...). É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada”, conforme a clássica exegese de Nelson Hungria (1955, p. 25).

Não se discute, portanto, a evidente perniciosidade e elevada censurabilidade do homicídio em nosso meio social, motivo por que, para assegurar a salvaguarda do direito fundamental à vida, previu o legislador ordinário pena de reclusão de 6 a 20 anos ao

homicídio simples e 12 a 30 anos ao homicídio qualificado, aos agentes criminosos que o cometerem.

Neste sentido, convém observar que os parâmetros do preceito secundário do tipo penal do homicídio podem ser considerados razoavelmente suficientes à proteção penal suficiente do direito fundamental à vida, assegurando a função de prevenção geral positiva.

Todavia, no plano da suposição, imagine-se que o legislador ordinário, ignorando o dever de proteção à vida estabelecido constitucionalmente, passe a considerar o homicídio como infração penal de menor potencial ofensivo, com pena privativa de liberdade máxima de dois anos de reclusão, admitindo, aos seus autores, a aplicação dos institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Pode-se, neste caso, tão somente em razão da drástica redução das penas previstas, dizer que houve uma modificação legislativa verdadeiramente garantista?

Evidentemente, à luz da doutrina do garantismo integral, não, à medida que a proteção penal ao direito fundamental à vida, o mais relevante em nosso meio social, seria, clara e odiosamente apequenado por um Estado que tem o compromisso constitucional de o defender vigorosamente, em nítida violação ao princípio da vedação da proteção insuficiente, corolário do princípio da proporcionalidade.

Assim, a verdadeira doutrina de garantias deve apregoar a necessidade de penas proporcionalmente idôneas e suficientes à proteção do direito fundamental à vida, sob pena de tutela deficiente ao mais relevante bem jurídico existente.

Não foi por outro motivo que o Tribunal Constitucional Alemão, em 1975, decidiu ser inconstitucional a Lei de Reforma do Código Penal (BverfGE 39,1), que permitia a interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação, ao semelhante argumento de que a legislação superveniente, ao autorizar o aborto no primeiro trimestre da gestação, violava o dever constitucional de proteção penal suficiente ao direito à vida intrauterina (STRECK, 2009, p. 84-85).

Avançando, o repúdio às práticas pouco ortodoxas ocorridas no período autocrático que precedeu a atual ordem constitucional, imbuíu o poder constituinte originário a reconhecer o direito à não-tortura como direito fundamental, conforme o inciso III, do artigo 5º, da Magna Carta, segundo o qual “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Tamanha foi a reprovação à tortura que a doutrina constitucionalista tem assimilado a não-tortura, ao lado da não escravidão, como os únicos direitos fundamentais

verdadeiramente absolutos, não admitindo, em hipótese nenhuma, nenhum preterimento, ainda que excepcional.

Como consequência, o dever de proteção a este direito fundamental conduziu o legislador ordinário, sensível ao mandado de criminalização *implícito* a ele outorgado, à edição da Lei 9.455/97, tipificando uma gama de comportamentos que caracterizam o crime de tortura, apenando-os com reclusão de 2 a 8 anos, exigindo o início do cumprimento de pena em regime fechado.

Atento à censurabilidade atribuída pelo poder constituinte originário à tortura e ao mandado de criminalização implícito por ele ordenado, entendeu o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 123.316/SE, que “o legislador ordinário, em consonância com a CF/1988, teria feito uma opção válida, ao prever que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da pena, ainda que fixada no mínimo legal, deveria ser cumprida inicialmente em regime fechado” (BRASIL, 2015).

Conjecture-se, então, que sobrevenha uma *abolitio criminis* que revogue os tipos penais da Lei 9.455/97, tornando penalmente atípica a prática de condutas tão perniciosas como as da tortura, que deixam marcas corporais e psicológicas indiscutivelmente aterrorizantes, indelévels e inesquecíveis.

Neste cenário, a revogação do crime de tortura, cuja proibição se reveste de direito fundamental absoluto, seria uma postura verdadeiramente garantista do legislador ordinário?

A resposta, à toda evidência, não pode ser outra senão a negativa, dado que a presente descriminalização afrontaria o dever de proteção suficiente à dignidade da pessoa humana ordenado constitucionalmente, operando um verdadeiro retrocesso social na evolução dos direitos fundamentais, chancelando e, até mesmo, fomentando a sua prática, devido à certeza da impunidade.

Semelhantemente, atento ao mandado constitucional expresso de criminalização contido no artigo 227, §4º, da Constituição da República, segundo o qual “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”, o legislador ordinário, cumprindo fidedignamente o seu dever de proteção suficiente à dignidade da criança e do adolescente, tipificou, a partir da Lei 12.015/09, o crime de estupro de vulnerável (art. 217, do Código Penal), etiquetando-o, ainda, como crime hediondo (art. 1º, inciso VI, da Lei 8.072/90).

Assim o fazendo, estipulou o legislador ordinário a pena privativa de liberdade de reclusão, de 8 a 15 anos, perfeitamente consonante com o seu elevado grau de

censurabilidade, impedindo benefícios legais previstos a outros crimes menos graves, como a anistia, a graça, o indulto e a fiança.

Avaliando este cenário, é possível que haja quem defenda cuidar-se de inovação legislativa *antigarantista*, porque tendente ao recrudescimento de penas e enrijecimento do regime jurídico de cumprimento de pena.

Contudo, muito pelo contrário, trata-se de fiel cumprimento do legislador ordinário à ordem constitucional de punição severa das condutas de violência sexual contra crianças e adolescente, cujo propósito maior é a inflexível salvaguarda da dignidade sexual dos infantes.

É importante perceber que, neste caso, se o legislador ordinário se mantivesse inerte, deixando de criminalizar de forma severa a violência e o abuso sexual em face de crianças e adolescentes, incorreria em indiscutível situação de inconstitucionalidade por omissão, digna de reparo via ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelos legitimados ativos habilitados ao controle concentrado.

Em um outro cenário, caso, nos próximos anos, mas ainda sob a vigência da atual ordem constitucional, o legislador ordinário modifique o atual preceito secundário do crime de estupro de vulnerável para impor tão somente a pena de multa, estar-se-ia diante de uma inovação legislativa verdadeiramente garantista?

Claramente, não. Diversamente, haveria clara situação de inconstitucionalidade, diante do cenário de evidente afronta ao preceito constitucional que impõe a punição *severa* dos comportamentos violentos e abusivos sob o prisma sexual contra crianças e adolescentes, afrontando não apenas o dever geral de proteção aos direitos fundamentais, mas, neste caso, especialmente, o dever constitucional de *criminalização*.

Evidentemente, os exemplos são inesgotáveis, sendo, no entanto, conveniente, por derradeiro, tecer breves considerações a respeito do racismo.

A República Federativa do Brasil, validamente, constituiu, como um de seus objetivos, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV, da Constituição) e rege-se, em suas relações internacionais, dentre outros princípios, pelo repúdio ao racismo (art. 4º inciso VIII, parte final, da Constituição), o que, por si só, já exigiria um dever geral de proteção do legislador ordinário contra condutas racistas.

Como se não bastasse, no entanto, o poder constituinte originário, ao prever no artigo 5º, inciso XLII, da Carta Política, que “a prática de racismo constitui crime

inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, outorgou um claro, expresso e eloquente mandado de criminalização, exigindo do legislador ordinário a punição severa em face de práticas racistas.

Vale dizer, não se trata de uma sugestão ou de uma recomendação descompromissada: cuida-se de verdadeira ordem verticalizada de uma suprema autoridade (legislador constituinte) sobre um subordinado (legislador ordinário).

De fato, o legislador ordinário, consciente de sua obrigação vinculante de agir, desincumbiu-se da missão constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana e de repúdio ao racismo, ao editar a Lei 7.716/89, tipificando os crimes de racismo, prevendo, nos respectivos preceitos secundários, penas de reclusão, sem prejuízo da inafiançabilidade.

Neste caso, considere-se que, em alguns meses, sobrevenha uma nova legislação leniente a tratar sobre o racismo, substituindo as penas de reclusão por detenção, limitando-as ao patamar máximo de dois anos, transformando o racismo em infração penal de menor potencial ofensivo, questiona-se: estar-se-ia diante de uma inovação legislativa garantista, tão somente porque mais benevolente?

Indiscutivelmente, não. Muito pelo contrário, haveria nítido vício de inconstitucionalidade material, por descumprimento ao comando constitucional invocado, consubstanciado – frise-se – não apenas em um dever de proteção, mas, neste caso, em um dever de *criminalização*.

Defluiria disto, uma clarividente e inadvertida hipótese de tutela deficiente à dignidade da pessoa humana e, portanto, uma legislação que, embora excessivamente leniente com infrator, releva-se manifestamente *antigarantista*, por não proteger suficientemente os direitos fundamentais de suas potenciais vítimas.

Percebe-se, assim, ser possível que a superveniência de leis penais mais benevolentes sejam *antigarantistas*, ao passo que, leis penais mais gravosas sejam, na melhor acepção do termo, verdadeiramente *garantistas*, na exata medida em que passem a proteger os direitos fundamentais que lhe servem de objetos jurídicos, respectivamente, de forma menos ou mais eficiente.

Convém ressaltar, no entanto, que a proteção penal que se pretende conferir aos direitos fundamentais em exame, na perspectiva do garantismo integral, é pautada por parâmetros de razoabilidade, com a imposição de penas suficientemente adequadas à adequada tutela, mas, evidentemente, não excessivas, repudiando-se, sempre, a figura da hipertrofia punitiva.

Portanto, o direito penal, sob a perspectiva do garantismo integral, deve ser compreendido como um instrumento constitucional de proteção aos direitos fundamentais individuais, conforme a legitimação outorgada pelo artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal.

Em que pese o direito penal clássico tenha sido firmado sobre a premissa da tutela de bens jurídicos individuais, a evolução das relações sociais e dos fatores tecnológicos exigiu do direito penal a revisitação de seus institutos para elastecer seu âmbito de proteção aos direitos fundamentais de natureza social ou coletiva.

3.4.2. O A função do direito penal de proteção dos direitos fundamentais sociais

A partir do fenômeno denominado pela doutrina penalista de espiritualização (desmaterialização, dinamização ou liquefação) dos bens jurídicos, decorrente das transformações sociais e tecnológicas dos tempos mais recentes, o direito penal deixou de circunscrever seu âmbito de proteção exclusivamente aos direitos fundamentais de natureza individual, passando a tutelar, semelhantemente, bens jurídicos supraindividuais, assegurando uma resposta estatal atualizada e eficiente frente à nova criminalidade decorrente destas inovações.

Como decorrência inevitável da espiritualização de bens jurídicos, surge a necessidade da criação de crimes de perigo abstrato, exigindo-se uma releitura do princípio da ofensividade ou da lesividade, consentânea com a sociedade de risco hodierna, que exige a proteção de bens jurídicos metaindividuais para assegurar a coexistência social harmônica.

É nesse contexto que se situa, por exemplo, a proteção penal da saúde pública, bem jurídico supraindividual tutelado pela Constituição da República como direito fundamental de natureza social, em seu artigo 6º, cuja necessidade de proteção eficiente impeliu o legislador ordinário à criminalização do tráfico de drogas, com o propósito de desestimular aludida prática de elevada perniciosidade social.

A base constitucional da proteção penal da saúde pública, a propósito, tem supedâneo no artigo 196, da Constituição da República, que estabelece ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O legislador constituinte de 1988, demonstrando evidente preocupação para com a saúde – enquanto bem jurídico de sobrelevada importância social –, erigiu-o à condição de direito fundamental social, dedicando-lhe seção própria no título referente à ordem social, a partir do artigo 196, da Carta Constitucional.

O cuidado do legislador constitucional para com a proteção da saúde pública é evidenciado, ainda, pela especial disciplina em relação ao tráfico de drogas, com a permissão da extradição de brasileiros naturalizados envolvidos com o delito (artigo 5º, inciso LI) e com a previsão de expropriação de terras e confisco de bens decorrentes do narcotráfico (“caput” e §1º, do artigo 243).

O apogeu da tutela constitucional da saúde pública está consubstanciado no artigo 5º, inciso XLIII, parte inicial, da Constituição da República, ao prever que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

O poder constituinte originário, então, ao determinar a vedação constitucional de benesses legais como fiança, a graça e a anistia, impôs ao legislador ordinário a necessidade de tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos – aos quais se equipara o tráfico de drogas –, outorgando-lhe um genuíno mandato constitucional expresso de criminalização vinculante àquele comando.

A outorga constitucional é justificada pelo fato de que o tráfico de drogas é a mola propulsora de inúmeros outros crimes que assolam a sociedade, notadamente contra a vida, contra o patrimônio – não raro mediante violência ou grave ameaça – e contra a dignidade sexual, sem desconsiderar seu nefasto poder de transformar crianças e adolescentes em potenciais infratores.

Já na vigência da nova ordem constitucional, subscreveu a República Federativa do Brasil a Convenção internacional contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, introduzida à ordem jurídica interna pelo Decreto Executivo nº 154/1991, que consignou a elevada preocupação das nações subscritoras com “a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, que representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade”.

A convenção internacional em exame, no artigo 3 (Delitos e Sanções), previu que os países subscritores deverão aplicar “sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o

confisco” (item 4, alínea “a”), e, ainda, que os juízes e Tribunais de cada país levem em conta a gravidade do crime de tráfico de drogas nos julgamentos, empregando “eficiência máxima às medidas de detecção e repressão desses delitos, levando devidamente em conta a necessidade de se exercer um efeito dissuasivo à prática desses delitos” (item 6).

Atendendo, pois, ao mandado constitucional de criminalização e à diretriz internacional estabelecida pela convenção sobredita, o legislador ordinário editou a Lei nº 11.343/06, recrudescendo as penas do tráfico de drogas ao estabelecer no preceito secundário do artigo 33, “caput”, a pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, além da multa de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Como se não bastasse, estabeleceu, também, o legislador, na cabeça do artigo 44, do mesmo diploma, serem tais delitos “inafiáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Diante disso, questiona-se: o recrudescimento das penas do crime de tráfico de drogas, tão somente pelo avanço do poder punitivo, caracterizaria uma inovação legislativa *antigarantista*?

Evidentemente, não é o que parece.

Ao revés, trata-se de mera obediência do legislador ordinário ao mandado de criminalização contido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, e à ordem imposta pela convenção internacional contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, vigente a partir do Decreto Executivo nº 154/1991.

Neste caso, pelo contrário, caso o legislador ordinário descumprisse as ordens do legislador constitucional e do tratado internacional em exame consistentes em tratamento penal mais severo em relação ao tráfico de drogas, é que violaria o dever de proteção suficiente ao direito fundamental social à saúde pública, incorrendo em clara situação de inconstitucionalidade.

Percebe-se, assim, que o legislador ordinário foi sensível à ordem constitucional, outorgando, por intermédio de diversos diplomas legislativos, tratamento inquestionavelmente mais severo ao delito de tráfico de drogas em relação à legislação anterior, propiciando, assim, maior proteção penal à saúde pública.

Por outro lado, ao abordar a atividade protetiva do direito penal sobre os direitos fundamentais de natureza coletiva, não é possível uma análise minimamente satisfatória, sem a necessária avaliação acerca dos crimes relacionados à corrupção.

Neste diapasão, a gestão da coisa pública, longe de equivaler à *res nullius* (coisa de ninguém), especialmente em um Estado Democrático de Direito norteado pelo princípio republicano, deve observar, rigidamente, certos princípios e regras que vinculem os gestores à adequada administração dos recursos públicos, cuja malversação, por prejudicar toda a coletividade, deve reclamar a tutela do direito penal para a efetiva dissuasão dessas perniciosas práticas.

De fato, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, mormente do comando normativo presente na cabeça de seu artigo 37, é possível falar na existência de um direito fundamental à moralidade administrativa, titularizado por toda a sociedade, decorrente da adoção de uma forma republicana de governo e de um regime democrático.

Como se não bastasse, tamanha foi a preocupação da República Federativa do Brasil com o fenômeno da corrupção, que subscreveu, na ordem internacional, e ratificou, no âmbito interno, inúmeros tratados internacionais impondo a criminalização dos atos de corrupção, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto Executivo nº 5.687/06) e da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto Executivo nº 4.410/02), empenhando um compromisso internacional no combate à corrupção.

Distante de se tratar de tipificação de condutas de objetividade jurídica esvaziada, o objetivo principal de criminalizar atos de corrupção é a imprescindível salvaguarda do direito fundamental à moralidade administrativa, cujo desrespeito é considerado uma clara violação aos direitos humanos.

Neste particular, não se pode olvidar que a corrupção é responsável pela subtração, pelo desvio e pela malversação de recursos públicos, prática afrontosa aos direitos fundamentais, porquanto retira do Erário quantias que deveriam ser utilizadas pelo poder público para a implementação de direitos prestacionais em favor da sociedade, a exemplo da saúde, da educação e da segurança.

Pode-se dizer, assim, que “a corrupção é um enorme obstáculo à realização de todos os direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento”, vilipendiando os princípios fundamentais à transparência, à responsabilização, a não discriminação e à participação da vida da comunidade (MORAES, 2014).

Com efeito, até mesmo o professor Luigi Ferrajoli, a quem incumbe a paternidade da teoria do garantismo penal, revela ser a criminalidade do poder – gênero maior do qual

decorre a espécie delitativa da corrupção – aquela de onde provém as mais graves ofensas a direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2008, p. 250).

Indiscutível, portanto, o fato de que a corrupção é uma prática criminosa que ofende direitos fundamentais, especialmente de natureza social.

Consequentemente, a censurável afronta aos direitos fundamentais, deflagrada pela denominada criminalidade de poder, segundo Ferrajoli, deve impor ao Estado uma especial preocupação as infrações cometidas pelos *caballeros*, a exemplo dos crimes de corrupção, fraude fiscal e lavagem do dinheiro (FERRAJOLI, 2008, p. 254).

Diante do compromisso constitucional e convencional de combate à corrupção, assumido pelo Brasil no âmbito interno e internacional, com o especial dever de criminalização e de severo apenamento aos agentes criminosos envolvidos em práticas desta natureza, indaga-se: em caso de superveniente *abolitio criminis* do crime de corrupção por parte do legislador ordinário, ampliando, *em tese*, a esfera de liberdades do cidadão, haveria uma inovação legislativa genuinamente *garantista*, tão somente pelo refreamento do poder punitivo em relação a esta conduta?

À pergunta retórica acima, a resposta, logicamente, é negativa, sob pena de inconstitucionalidade, por violação da vedação da proteção insuficiente, e de inconvenção, submetendo a República Federativa do Brasil a uma série de sanções no âmbito internacional, pelos órgão de proteção aos direitos humanos.

Finalmente, é imprescindível avaliar a disciplina legal dos crimes de lesa-humanidade em nossa atual ordem jurídico-constitucional.

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, como é cediço, o Brasil se submeteu à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (artigo 5º, §4º, da Constituição Federal), incorporando-se definitivamente à sua jurisdição a partir de 2002, com a publicação do Decreto Executivo nº 4.388/2002, que recepcionou, na ordem interna, o Estatuto de Roma.

A razão da adesão do Brasil a este órgão jurisdicional internacional se estampa já no preâmbulo do diploma convencional em exame, segundo o qual (BRASIL, 2002):

“no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade, reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional,

Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes (...)

Evidentemente, muitas das mais atrozes e abjetas violações a direitos humanos permaneceram impunes por negligência dos países onde ocorreram, revelando uma ofensa não apenas em face das vítimas que suportaram a cólera dos agentes ofensores, mas, especialmente, à humanidade como um todo e à ordem internacional, gerando um sentimento de desproteção sistêmica de caráter mundial.

Eis a gênese do Tribunal Penal Internacional: um órgão internacional incumbido de julgar os crimes de lesa-humanidade, a exemplo do genocídio, de crimes contra os direitos humanos, de crimes de guerra e de crimes de agressão, praticados após a sua criação, sempre que o Estado-membro seja omissivo no processamento do agente criminoso ou, empregando mecanismos de fraude processual, expeça um inadvertido decreto absolutório (artigo 20, item 3, alíneas “a” e “b”, do Estatuto de Roma).

A propósito, o Estado de Roma declara a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, permite a imposição de penas perpétuas (*ergástulo*) e admite a entrega (*surrender*) dos agentes criminosos ao Tribunal Penal Internacional, inclusive de brasileiros natos, instrumentos mais rigorosos, inclusive, que os permitidos pela Constituição da República.

Poder-se-ia etiquetar tais instrumentos do Estatuto de Roma de *antigarantistas*, tão somente por preverem mecanismos punitivos mais gravosos que os admitidos na ordem jurídica interna?

Não é o que parece, notadamente diante do compromisso internacional assumido pela República Federativa do Brasil, endossado pela ordem constitucional vigente, de aderir integralmente aos termos do Estatuto de Roma, diploma que tem por propósito maior o fim da impunidade em crimes reprováveis como os de lesa-humanidade, impondo a severa punição dessas condutas, por violarem de forma altamente censurável os direitos humanos.

Em outras palavras, o Estatuto de Roma tem por objetivo a inclemente salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa ofendida pelo crime de lesa-humanidade e, especialmente, dos direitos de toda a humanidade, não podendo, absolutamente, por isto, ser considerado um instrumento *antigarantista*, na perspectiva de um garantismo integral.

Em suma, o direito penal, sob a perspectiva do garantismo integral, deve ser compreendido como um instrumento constitucional de proteção aos direitos fundamentais não apenas individuais, mas, também, sociais e coletivos, conforme a legitimação outorgada

pelo artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, salvaguardando bens jurídicos de natureza supraindividual, sob pena de desproteção sistêmica e afronta ao princípio da vedação da proteção insuficiente.

Demonstrado o dever de proteção suficiente do poder público em relação aos direitos fundamentais de natureza social e coletiva tutelados como bens jurídicos supraindividuais pelo direito penal, imprescindível, agora, apresentar o garantismo penal como instrumento de proteção do direito fundamental à segurança.

3.4.3. O garantismo integral como instrumento de proteção do direito fundamental à segurança

O direito penal, como não se olvida, é um dos instrumentos de que o Estado lança mão para promover a coexistência social sadia, selecionando determinadas condutas perniciosas e impondo sanções penais para dissuadir o corpo social em relação às suas práticas, sempre com o objetivo maior de proteger direitos fundamentais de natureza individual e coletiva.

Dentre as múltiplas finalidades da pena, a par da função retributiva e da prevenção especial, destaca-se a função de prevenção geral, consistente no papel da pena de intimidação difusa sobre a coletividade para a dissuasão de práticas delitivas, sob pena de sua implacável imposição.

A função de prevenção geral da pena, portanto, é composta de uma face negativa, traduzida em uma ameaça legal dirigida a todos os cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, e de outra, positiva, representada pela afirmação positiva da lei penal, exigindo o respeito à vigência da norma.

Neste sentido, pode-se dizer que o direito penal, ao estabelecer a função preventiva geral de suas penas, pretende proteger o direito fundamental à segurança, buscando, por intermédio de coação psicológica que intimida a sociedade pela justa ameaça da aplicação de penas que restringem a liberdade ou o patrimônio, evitar a prática de infrações penais.

Presta-se, pois, o direito penal à tutela da sociedade não apenas por intermédio da proteção de bens jurídicos supraindividuais, como já se viu no item acima, mas, semelhantemente, do direito fundamental à segurança, preservando, assim, a ordem pública.

Validamente, o direito fundamental à segurança assume, em nossa ordem constitucional, uma natureza individual (artigo 5º, “caput”, da Constituição) e, também, uma

natureza coletiva (artigo 6º, da Lei Maior), evidenciando, portanto, ter como titular, por um lado, cada indivíduo, *de per si*, e, por outro, toda a sociedade.

Ocorre, no entanto, que o direito fundamental à segurança, mesmo em seu viés individual, tem natureza de direito de segunda dimensão, à medida que exige do poder público que lance mão de obrigações positivas e prestacionais suficientes para a sua efetiva promoção.

Frise-se, aqui, a necessidade do exercício de deveres prestacionais, por parte do poder público, para a eficiente tutela do direito fundamental à segurança, sendo, à toda evidência, insuficiente a mera a mera postura de abstenção do Estado, inerente à primeira geração de direitos fundamentais e à dimensão negativa do garantismo penal, tornando-se imprescindível a implementação de sua dimensão positiva para a adequada tutela do direito à baila.

Como corolário do direito fundamental geral à segurança, então, emerge o direito fundamental à segurança pública, direito de todos e dever do Estado, cuja pretensão maior é a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, conforme o preceito insculpido no artigo 144, “caput”, da Carta Maior.

Para se desincumbir do dever prestacional de preservação da ordem pública, das pessoas e do patrimônio, como garantia do direito fundamental à segurança, instituiu o poder constituinte originário a criação de órgãos de segurança pública, como a polícia federal, as polícias civis, as polícias militares e corpos de bombeiros, bem como a polícia rodoviária federal e a polícia ferroviária federal.

É necessário observar que a instituição dos órgãos de segurança pública suso mencionados, longe de caracterizar a retrocessão a períodos autocráticos ou a vigência de um Estado policialesco de exceção, buscam a proteção suficiente do direito fundamental à segurança, em perfeita consonância com um modelo de Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, a par da polícia rodoviária federal e da polícia ferroviária federal, incumbiu precipuamente à polícia militar a atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública (artigo 144, §5º, parte inicial, da Lei Magna), cujo regular exercício é imprescindível à salvaguarda do direito fundamental à segurança, mormente na prevenção de infrações penais.

No Brasil, é indiscutível a relevância dos serviços prestados pela polícia militar na tutela do direito fundamental à segurança, especificamente na atividade de prevenção de infrações penais, o que se percebe, claramente, por alguns episódios históricos de hiato na

atividade policial preventiva, por ocasião de greves de policiais militares, a exemplo do ocorreu no Rio Grande do Norte e no Espírito Santo, em 2017.

Com efeito, a ausência da polícia militar nas ruas, nestes casos, causou relevante afronta ao direito fundamental à segurança dos potiguares e dos capixabas, relegando a sociedade daqueles dos Estados à calamidade, naquele período, com o atroz aumento da incidência de crimes violentos¹⁰⁻¹¹, a exemplo de roubos e de homicídios, exigindo o reforço das forças armadas para a retomada da atividade de polícia ostensiva¹².

Percebe-se, assim, claramente, que a existência de órgãos de segurança pública, a exemplo da polícia militar, longe de ser uma postura *antigarantista* do poder público, trata-se de verdadeira *garantia* do Estado Social e Democrático de Direito em favor de sua sociedade, notadamente na salvaguarda do direito fundamental à segurança.

Tanto é verdade que a omissão do Estado em seu dever de proteção suficiente ao direito fundamental à segurança pública tem sido considerado, pela doutrina e pela jurisprudência, um ato ilícito a sujeitar o poder público à responsabilidade civil, em caso de prática de crime decorrente de omissão estatal.

Logicamente, a atividade ostensiva da polícia militar deverá ser sempre pautada no princípio da legalidade, com o inflexível respeito aos direitos fundamentais de cada pessoa que compõe o corpo social, sob pena de responsabilização criminal, civil e funcional do agente policial, em conformidade com o que apregoa a teoria do garantismo integral.

Lado outro, evidentemente, a atividade de polícia ostensiva e preventiva, embora deva ser exercida com a maior eficiência possível, não se reveste de infalibilidade, motivo por que, ao lado da atividade policial preventiva e ostensiva, incumbiu o legislador constitucional à polícia federal (artigo 144, §1º, do Texto Magno) e às polícias civis (artigo 144, §4º, da Carta Política) as funções de polícia judiciária e a atribuição de apuração das infrações penais.

¹⁰ ARAÚJO, Ricardo. Com 87 homicídios em 11 dias, RN vê média de crimes aumentar com greve de policiais. O Estado de São Paulo. São Paulo, 30 dez. 2017. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,com-87-homicidios-em-11-dias-rn-ve-media-de-crimes-aumentar-com-greve-de-policiais,70002134674>>. Acesso em 4 set. 2018.

¹¹ MAZDA, Aura. Roubos Triplicam no Rio Grande do Norte após greve da Polícia. O Globo. Rio de Janeiro, 27 dez. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/roubos-triplicam-no-rio-grande-do-norte-apos-greve-da-policia-22230581>>. Acesso em 4 set. 2018.

¹² CARMO, Sidney Gonçalves. Com PM em greve, ES tem aumento de violência e pede ajuda do Exército. Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. São Paulo, 6 fev. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1856179-com-pm-em-greve-es-tem-aumento-de-violencia-e-pede-ajuda-do-exercito.shtml>>. Acesso em 4 set. 2018.

Neste diapasão, necessário ao poder público o adequado aparelhamento dos órgãos de segurança pública incumbidos do exercício das funções de polícia judiciária, incluindo investimentos de relevante monta na qualificação dos delegados de polícia estadual e federal, bem como de seus servidores, a fim de bem se desincumbirem de suas missões constitucionais de apuração das infrações penais.

Congruentemente, a indispensabilidade de eficiência na atividade de investigação criminal, com o emprego de técnicas de apuração arrojadas e o emprego de instrumentos de inteligência, não pode perder de vista a semelhante necessidade de inflexível respeito aos direitos fundamentais da pessoa investigada.

Advirta-se, por outro lado, que o desidioso exercício da atividade investigatória, por parte dos órgãos de segurança pública, ainda que impliquem o não exercício da pretensão punitiva do Estado em face da pessoa investigada, estão distantes de evidenciar uma atitude *garantista* do poder público, cuidando-se, na verdade, de claro e odioso acidente, primeiramente, ao direito fundamental à segurança e, em última análise, aos direitos fundamentais da pessoa ofendida com a prática da infração penal.

Indispensável, assim, a um Estado Social e Democrático de Direito verdadeiramente lastreado em premissas garantistas a existência de órgãos de segurança pública que se desincumbam bem da missão constitucional de resguardo do direito fundamental à segurança individual e coletiva, sob pena de violação ao princípio da proibição de proteção insuficiente, especialmente em relação aos bens jurídicos individuais da pessoa ofendida com a prática do delito.

Uma vez demonstrado o nexo de pertinência da atividade preventiva da polícia militar e investigativa das polícias federal e civil para a salvaguarda do direito fundamental à segurança, torna-se imprescindível, finalmente, evidenciar como o direito penal e o processo penal, numa perspectiva de garantismo integral, revestem-se da função de inclemente proteção dos direitos fundamentais individuais dos investigados e dos acusados em geral em toda a persecução penal.

3.4.4. A função do direito penal (e do processo penal) de proteção dos direitos fundamentais individuais dos investigados e acusados

Se, por um lado, o garantismo integral apregoa a necessidade de proteção suficiente dos direitos fundamentais das vítimas e da sociedade, por outro, não ignora a necessidade de idêntica e inflexível salvaguarda dos direitos fundamentais dos investigados e dos acusados

em geral em face de eventual arbítrio do poder público, com o desiderato de blindar o cidadão contra qualquer sorte de inadvertido excesso no exercício do poder punitivo e no direito de perseguir a pena.

Neste sentido, sob o ponto de vista do direito penal, os seis primeiros axiomas do sistema de garantias de Luigi Ferrajoli são objeto de implacável defesa por parte da teoria do garantismo integral, a saber: i) *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); ii) *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade estrita); iii) *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade do direito penal), iv) *nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade); v) *nulla injuria sine actione* (princípio da materialização do fato); e vi) *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal).

Como já foram tecidos suficientes comentários a respeito dos princípios de Ferrajoli acima enumerados em item próprio, pretende-se, doravante, discorrer a respeito de como o garantismo integral deve fomentar o exercício de uma interpretação restritiva dos tipos penais incriminadores, como instrumento de defesa dos direitos fundamentais individuais.

De efeito, considerando a premissa maior de que o direito penal consentâneo ao Estado Democrático de Direito tem por propósito a proteção dos direitos fundamentais individuais dos potenciais ofendidos e coletivos, sempre que se fizer um juízo de tipicidade (formal e material), será necessário perquirir se a conduta praticada efetivamente causou lesão ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

Ilustra-se: o fundamento constitucional do tipo penal do furto (artigo 155, do Código Penal) é o direito fundamental à propriedade (artigo 5º, “caput” e inciso XXII, da Constituição).

Suponha-se, então, que um agente criminoso tenha praticado o núcleo do tipo penal invocado, subtraindo, para si, coisa alheia móvel, caracterizando, assim, a tipicidade formal de sua conduta.

Contudo, sob o ponto de vista da tipicidade material, é necessário que o agente tenha, efetivamente, causado uma relevante e intolerável lesão ou ameaça concreta ao patrimônio da pessoa ofendida, o que não ocorrerá, por exemplo, caso subtraia uma barra de chocolates de um hipermercado presente em todo o território nacional.

Neste sentido, mais que o mero juízo de tipicidade formal, deve impor o garantismo integral que a conduta criminosa afronte genuinamente o direito fundamental protegido pela norma penal, em nítido exercício de uma interpretação restritiva da norma penal, de sorte a

evitar o desencadeamento de uma persecução penal por conta de um comportamento humano indiscutivelmente desviado, mas de irrisória relevância jurídica frente ao bem jurídico tutelado, a exemplo das infrações bagatelares.

Assim, não se enxerga absolutamente nenhum óbice ao albergamento da intervenção mínima do direito penal por parte do garantismo integral, com o agasalhamento do princípio da insignificância, de Claus Roxin, assim como o princípio da adequação social, de Hanz Welzel.

Assim, os furtos bagatelares, quando, nem de perto, chegarem a causar efetiva afronta ao direito fundamental ao patrimônio da pessoa física ou jurídica lesada, não merecerão, por conseguinte, a proteção do direito penal, devendo ser considerados materialmente atípicos, sob a ótica do garantismo integral.

Semelhantemente, eventuais sonegações fiscais de ínfima monta, consideradas irrelevantes à tutela da ordem econômica, também deverão ser objeto de uma interpretação restritiva do tipo penal, prestigiando o princípio da insignificância.

Lado outro, caso a subtração bagatelar seja revestida de violência ou de grave ameaça, ainda que não tenha havido ofensa relevante ao direito fundamental ao patrimônio da vítima, remanesce o compromisso constitucional de proteção penal suficiente à integridade física e psíquica do ofendido, decorrência lógica da dignidade da pessoa humana, motivo por que não há que se cogitar, neste particular, da não aplicação do direito penal, ainda que o proveito econômico da conduta seja de uma ninharia, sob pena de violação à proibição da proteção insuficiente aos direitos fundamentais da pessoa ofendida.

Semelhantemente, perfeitamente consonante com a teoria do garantismo integral o denominado princípio da adequação social, que impõe o emprego da interpretação restritiva do tipo penal quando a conduta praticada, longe de vilipendiar o direito fundamental tutelado pela norma penal incriminadora, na verdade, reveste-se de plena aceitabilidade social, despindo-se de qualquer juízo de censurabilidade.

À guisa de exemplo, não se pode reputar materialmente típica a circuncisão de neonatos de ascendência judaica, ao oitavo dia de vida, cuidando-se de tradição ética e religiosa dos judeus predominante há milênios entre aquele povo que recebe amplíssima aceitabilidade social, inexistindo vilipêndio a direito fundamental nesta prática.

Por outro lado, a realização de *trote* violento em face de calouros recém-chegados na universidade, longe de gozar de prestígio e aceitabilidade social, deve ser considerado materialmente típico, ante o dever constitucional de proteção à incolumidade corporal e

psíquica da pessoa ofendida, não se admitindo a justificativa da tradição para legitimar esta prática criminosa.

Portanto, se não existir lesividade (efetiva ou potencial) a um direito fundamental, ainda que um comportamento humano seja perfeitamente ajustável a um determinado tipo penal incriminador, não se faz legítima a intervenção do direito penal, sob o ponto de vista estritamente garantista.

A teoria do garantismo integral, entretanto, não busca a tutela dos direitos fundamentais do agente criminoso apenas influenciando o direito penal objetivo, como o faz a partir de uma interpretação restritiva dos tipos penais incriminadores consonante com o grau de lesividade sobre o bem jurídico protegido, devendo, igualmente, irradiar seus cânones de proteção por toda a persecução penal.

Assim, o zelo do garantismo integral em relação à tutela dos direitos fundamentais dos investigados e acusados não poderia ser diferente, com o acolhimento dos quatro axiomas de Luigi Ferrajoli em relação ao processo, quais sejam: i) *nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade); ii) *nulla iudicium sine accusatione* (princípio acusatório); iii) *nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); e iv) *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa).

Nunca é demais obter, com efeito, que o garantismo integral não pretende, em absoluto, a imposição de penas exorbitantes, a qualquer preço, levantando a bandeira de um irresponsável e odioso *punitivismo*, mas, ao revés, busca, acima de tudo, a aplicação de penas razoáveis ao infrator e consentâneas à reprovabilidade do fato praticado, sempre que necessário, por intermédio de um processo penal justo que assegure a inflexível reverência e veneração dos direitos fundamentais da pessoa investigada ou processada criminalmente.

Validamente, a cruzada do garantismo integral contra os excessos do poder punitivo, em nome do resguardo aos direitos fundamentais dos agentes criminosos, deve iniciar desde o primeiro ato da persecução penal: a investigação penal.

Neste sentido, a investigação penal deve ser realizada pela autoridade de polícia judiciária competente, sempre que houver indícios mínimos da prática de uma infração penal em face de uma determinada pessoa.

Muito embora prevaleça não existir direito à ampla defesa e ao contraditório no inquérito policial, por se tratar de mero procedimento administrativo, informativo e dispensável, é importante sobrelevar a necessidade de respeito, por parte da autoridade de polícia judiciária, dos direitos fundamentais do investigado.

Com efeito, a dignidade da pessoa investigada deve ser resguardada pelos agentes públicos que dirigem a investigação criminal, não se tolerando qualquer sorte de coação inadvertida ou de emprego de intenso sofrimento físico ou psíquico que vislumbre à obtenção de prova de infração penal, sob pena, em tese, da prática de crimes de abuso de autoridade e de tortura, sem prejuízo da responsabilização civil e funcional.

Aliás, neste particular, o garantismo penal integral deve assegurar ao investigado que os agentes do Estado respeitem seus direitos fundamentais, repudiando qualquer atividade tendente à tortura, cujo descumprimento doloso deve importar: i) a decretação da ilicitude das provas obtidas por intermédio desta vil prática (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição), em qualquer fase da persecução penal, com o seu consequente desentranhamento; ii) a responsabilização penal dos agentes que porventura assim vierem a agir, com a necessária imposição de penas razoavelmente severas e consonantes com o grau de censurabilidade de suas condutas, sob pena de proteção insuficiente de seus direitos fundamentais.

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito, estribado em ideias verdadeiramente garantistas, deverá aparelhar adequadamente seus órgãos de segurança (artigo 144, da Constituição), com o propósito de que se desincumbam adequadamente do compromisso constitucional de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas, mormente na atividade de prevenção de delitos, afinal, o direito fundamental à segurança pública é dever do Estado e direito de todos.

Logo, semelhantemente, a atividade investigatória em relação às infrações penais deve ser realizada com excelência por parte da autoridade policial, com a busca, proativa e intrépida, de todos os elementos de informação à sua disposição para o esclarecimento da fato apurado, sempre em perfeita conformidade com a ordem jurídico-constitucional vigente, repudiando os extremos da desídia que conduz à impunidade e da arbitrariedade que fomenta a injustiça.

Logicamente, aqui, não se poderia afirmar que uma investigação negligente equivaleria a uma posição *garantista* tão somente porque não resultaria em uma ação penal e, por via de consequência, impediria a aplicação de uma pena decorrente da condenação da pessoa efetivamente culpada.

Longe disto, a atividade investigativa é um instrumento do Estado que pretende, diretamente, tutelar o direito fundamental à segurança pública e, reflexamente, a proteção do direito fundamental tutelado pela norma penal incriminadora violada, na medida em que

permite o esclarecimento do fato, a imposição de uma reprimenda ao seu autor e, inclusive, a reparação do dano em favor da pessoa ofendida.

Indiscutível, então, que a investigação verdadeiramente *garantista* deve ser realizada com maestria e eficiência pela autoridade policial, com o manejo de todos os mecanismos de inteligência à sua disposição para o esclarecimento do fato delitivo e de sua autoria, sob pena de descumprimento de sua missão constitucional, sem prejuízo da inflexível observância dos direitos fundamentais dos investigados.

Nada obstante, ao cabo da investigação criminal, em havendo certeza da existência da infração penal e indícios suficientes de sua autoria, é função institucional do Ministério Público, norteador pelo princípio da obrigatoriedade, a promoção da ação penal pública (artigo 129, inciso I, da Constituição), inexistindo, neste particular, qualquer espaço discricionário que autorize o não oferecimento da denúncia.

Nesta hipótese, presente a justa causa para a ação penal, com o consequente indiciamento do investigado pelo crime de furto qualificado pelo uso de chave falsa, deixar o membro do Ministério Público de oferecer a peça acusatória em face do indiciado, estaria ele, por evitar a deflagração de uma ação penal que poderia resultar em uma aplicação de pena decorrente de condenação criminal, assumindo comportamento *garantista*?

Novamente, a resposta há de ser negativa, porque a verdadeira salvaguarda do direito fundamental ao patrimônio da vítima exigiria, no caso, a promoção da ação penal por parte do Ministério Público, assegurando, ainda, o interesse da sociedade no legítimo exercício do poder punitivo em face de pessoas comprovadamente culpadas, sob pena de claríssima tutela deficiente do Estado em relação aos direitos fundamentais.

Lado outro, um processo penal genuinamente *garantista* deve assegurar ao acusado a fruição de todos os seus direitos fundamentais, por intermédio de um devido processo legal substancial (artigo 5º, inciso LIV, da Lei Maior), que lhe assegure o direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna), com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Neste diapasão, deve o poder público assegurar aos acusados uma defesa técnica de qualidade, por intermédio da instalação e do efetivo provimento, em todas as comarcas, da Defensoria Pública, permitindo-se um verdadeiro pareamento de suas armas com as do Estado-acusação, cujas funções incumbem ao Ministério Público, conforme o disposto no artigo 129, inciso I, da Carta Política.

Aliás, por se falar em *parquet*, é necessário advertir que, em virtude de sua condição de *parte imparcial* na ação penal, em caso de falta de provas, de dúvida razoável a respeito de circunstâncias que excluam o crime ou que isentem o réu de pena, deverá o Ministério Público, em postura verdadeiramente garantista, propugnar pela absolvição do acusado, em virtude de seu compromisso constitucional com a defesa dos interesses individuais indisponíveis (artigo 127, “caput”, da Constituição Federal), gênero que abrange como espécie a liberdade ambulatoria do acusado.

Portanto, incumbe ao Ministério Público, com primazia, o protagonismo constitucional na proteção da liberdade de locomoção dos acusados, cuidando-se de dever institucional – muito além de mera faculdade processual – propugnar por suas absolvições, caso presentes quaisquer das hipóteses do artigo 386, do Código de Processo Penal, afinal, não interessa ao *parquet* a condenação de inocentes.

Por outro lado, em caso de plenitude e suficiência de provas, é dever ministerial a justa reivindicação da condenação do acusado perante o Estado-juiz, sob pena de claro desvio de finalidade da atividade acusatória, resultando em uma desproteção sistêmica da sociedade e em indiscutível afronta aos direitos fundamentais do ofendido.

Ilustrativamente, neste particular, não se pode reputar *garantista* a postura ministerial de postular a absolvição, perante o Conselho de Sentença, de acusado por homicídio com vasta folha de antecedentes, indiscutivelmente culpado, com provas robustas que devem conduzir à sua condenação.

Ao contrário, o exemplo hipotético revela uma atitude claramente *antigarantista*, na exata medida em que afronta o direito fundamental à segurança da sociedade, impedindo o legítimo exercício do poder punitivo do Estado em face de pessoa sabidamente culpada, sem prejuízo de, em última instância, violar o direito fundamental à vida do ofendido, solapado pelo agente criminoso, autorizando-se, inclusive, a dissolução do Conselho de Sentença, por se encontrar a sociedade indefesa.

Finalmente, incumbe ao Estado proporcionar, por intermédio dos órgãos de execução de pena, o cumprimento das penas privativas de liberdade de forma humanizada, assegurando a dignidade da pessoa humana aos presos, com o necessário e inflexível respeito, a título de exemplo, à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, do Texto Magno) e, às presidiárias, condições que permitam que permaneçam com seus filhos durante o período de amamentação (artigo 5º, inciso L, da Carta Política).

À toda evidência, a imprescindível observância dos direitos fundamentais dos presos por parte dos órgãos incumbidos da execução de sua pena, todavia, não os imuniza do necessário respeito à ordem interna dos estabelecimentos penitenciários, com a justa imposição de sanções disciplinares, conforme a censurabilidade das faltas graves praticadas, nos termos da legislação de regência.

Eis, portanto, a síntese da teoria do garantismo penal integral: uma teoria consonante com o Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é o combate aos excessos do poder público, mormente no exercício do *jus puniendi* e do *jus perseguendi* em face dos investigados e acusados em geral, bem como a necessária e inclemente proteção dos interesses do ofendido e da sociedade.

Esta postura é necessária para se evitar o enorme distanciamento que se verifica entre o Direito e a realidade social - talvez a mais séria causa da crise do atual direito pátrio - (ESTEVÃO, 2005, pp. 203-214), uma vez que o garantismo penal integral se conecta ao interesse social, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais individuais, embora sem se olvidar da idêntica e inflexível garantia aos direitos fundamentais coletivos.

Conclui-se, pois, prestar-se o direito penal (e o processo penal) a uma dupla função: a par de ser um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos mais relevantes de uma sociedade, também se dedica à limitação do poder de punir do Estado, isto é, cuida-se de instrumento de promoção e de proteção *integral* dos direitos fundamentais.

Em brevíssima síntese, portanto, pode-se afirmar, sem qualquer constrangimento, que a teoria do garantismo integral em nada mais consiste senão à conjugação de um direito penal do equilíbrio, somado ao processo penal justo, que pretende, acima de tudo, consagrar a intransigente proeminência dos direitos fundamentais em sua plenitude e integralidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do direito penal, a rigor, confunde-se com a própria história da humanidade, na medida em que, desde as primeiras civilizações, percebe-se a existência de um sistema de punição de comportamentos humanos desajustados, ainda que de forma não organizada e sistematizada.

Após séculos de imposições de penas cruéis, infamantes e indignas, legitimadas, invariavelmente, pelo sentimento de vingança, o direito penal, a partir do Século XVIII (em 1764), sob o influxo do iluminismo, passa a consolidar, com a clássica obra “Dos Delitos e das Penas”, de autoria do Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, duas importantes premissas doutrinárias, fundamentais à salvaguarda dos direitos individuais dos acusados em processos criminais: a taxatividade dos tipos penais e a proporcionalidade nas penas infligidas.

Ainda neste século, indiscutível sobrelevar a importância da Revolução Francesa na consolidação dos direitos humanos, cujo lema – liberdade, igualdade e fraternidade – deu origem às consagradas três gerações ou dimensões de direitos fundamentais, conforme a sistematização de Karel Vasak, ao final da década de 1970.

Neste diapasão, o lema *liberdade* representou, notadamente nos Séculos XVIII e XIX, ilustrativamente, toda uma gama de direitos fundamentais de primeira dimensão, conferindo suporte à ruptura com os paradigmas do absolutismo monárquico e do antigo regime, estabelecendo a vigência de um Estado Liberal de Direito, reconhecedor de direitos liberais em favor de seus cidadãos, assegurando, especialmente, limites à intervenção estatal (direitos *negativos* ou de abstenção).

A seguir, já no início do Século XX, o lema *igualdade* passou a representar os denominados direitos fundamentais de segunda dimensão, com o estabelecimento do Estado Social, marcado por forte preocupação com a correção de assimetrias econômicas e sociais, promotor de direitos sociais em favor da coletividade, a exemplo da saúde, da educação e da segurança pública (direitos *positivos*).

Finalmente, a partir da segunda metade do Século XX, o lema *fraternidade* deu suporte à superveniência do Estado Democrático de Direito, reconhecedor de direitos fundamentais de terceira dimensão, denominados metaindividuais, indivisíveis e de titularidade indeterminada, porque pertencentes à coletividade como um todo, a exemplo dos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à defesa do consumidor.

O direito penal, objeto principal do presente trabalho, a propósito, não passou imune à consolidação desta evolução histórica dos direitos fundamentais.

Validamente, depois das fases da vingança divina, pública e privada, no Século XIX, Birnbaum supera a ideia de que o crime consiste na violação de direitos subjetivos, passando a assimilar a razão de ser do fenômeno criminológico na ofensa aos valores ou interesses relevantes imprescindíveis à coexistência e ao desenvolvimento do homem em sociedade (bens jurídicos), dignos de proteção penal pelo Estado.

A partir do reconhecimento da existência um bem jurídico de indiscutível relevância à coexistência social, elevando-o o poder constituinte originário ao *status* de direito fundamental, surge o dever jurídico do Estado de o tutelar, por sua legislação, utilizando de seus instrumentos de proteção previstos em sua ordem jurídica, a exemplo de penas privativas de liberdade, com o objetivo de dissuadir particulares, poderes sociais de fato e, até mesmo, servidores públicos que acaso venham a agir ao arrepio de seus deveres funcionais, a praticar infrações penais.

Ilustrativamente, o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar (art. 5º, inciso XI), uma vez reconhecido constitucionalmente, impõe ao agente público que ingressar em casa alheia fora dos casos constitucionalmente autorizadas, estará sujeito a uma tripla responsabilização: i) administrativa, ante a violação de seus deveres funcionais; ii) civil, decorrente dos danos materiais e morais acaso suportados pelo ofendido; e iii) criminal, nos termos do crime de violação de domicílio, previsto no artigo 150, do Código Penal.

O delito de violação de domicílio, portanto, não está previsto como infração penal por pura potestade do legislador ordinário, mas, ao contrário, é fruto da ordem constitucional de resguardar o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, cominando penas privativas de liberdades àqueles que praticarem o comportamento criminoso em tela como mecanismos coativos de dissuasão, em homenagem à função de prevenção geral positiva da pena.

Consigne-se que, tradicionalmente, o direito penal sempre se preocupou com a proteção de bens jurídicos de natureza individual, a exemplo da vida, da incolumidade física, da tranquilidade domiciliar, do patrimônio e da dignidade sexual, de maneira exclusivamente consonante com o Estado Liberal de Direito.

Todavia, as transformações sociais e tecnológicas dos últimos tempos que nos contextualizam em uma sociedade de risco, conforme preceitua Ulrich Beck, têm influenciado o direito penal, fazendo surgir a necessidade de sua expansão para assegurar

uma resposta estatal atualizada e eficiente frente às novas condutas perniciosas ao corpo social decorrentes dessas inovações.

Surge, assim, a ideia de proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, rompendo com o paradigma de tutela penal circunscrita a valores individuais, ante a necessidade de criar tipos penais que assegurem o controle social de novos bens jurídicos de caráter coletivo, prestigiando, assim, a tutela do direito penal em relação aos direitos fundamentais de natureza social.

Cuida-se do fenômeno da espiritualização dos bens jurídicos, em que o direito penal passa a proteger valores não individualizados e não vinculados a pessoas determinadas, mas pertencentes à coletividade, a exemplo da saúde pública, do meio ambiente e da ordem econômica, tornando a tutela penal consentânea com os valores de um Estado Social e Democrático de Direito que exige a inflexível proteção também dos direitos fundamentais de natureza social e metaindividual.

Assim, a rigor, a função do direito penal consentâneo ao Estado Social e Democrático de Direito é a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, sejam de natureza individual, sejam de natureza coletiva.

Todavia, para que o direito penal interfira na esfera dos direitos fundamentais de seus cidadãos, é necessário que observe o princípio da proporcionalidade, aferindo a presença os seguintes vetores para a criminalização de uma determinada conduta: i) adequação – analisar se o direito penal é um instrumento apto a alcançar a proteção do bem jurídico em exame, a retribuição do fato praticado e a prevenção geral e especial em relação ao crime; ii) necessidade – avaliar se realmente é necessária a intervenção do direito penal ao caso à baila, tendo em vista o seu caráter subsidiário e fragmentário; e iii) proporcionalidade em sentido estrito – os benefícios a serem alcançados com a seleção do comportamento humano como criminoso (efetiva proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição) devem ser maiores que os custos sociais dessa escolha (sacrifício aos direitos fundamentais dos potenciais infratores e aos interesses da própria sociedade).

Em matéria penal, portanto, o princípio da proporcionalidade tinha o unifacetário condão de impedir que o Estado se excedesse nos meios de punição, buscando resguardar os direitos fundamentais de natureza individual dos integrantes da coletividade. Cuida-se da primeira, vetusta e mais célebre face do princípio da proporcionalidade: a proibição da hipertrofia punitiva (*Übermassverbot*).

Embora não se despreze a indiscutível importância histórica da sedimentação da proibição da hipertrofia punitiva em nossa ordem jurídica, as transformações sociais dos séculos seguintes tornam clarividente que o princípio da proporcionalidade não pode ser circunscrito a este viés, porque exclusivamente inerente à primeira dimensão de direitos fundamentais, remontando ao Estado Liberal de Direito, sendo claramente obsoleta e insuficiente frente às necessidades atuais.

Neste diapasão, mormente a partir do reconhecimento de direitos fundamentais de segunda e de terceira dimensão, característicos, respectivamente, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, o alemão Claus-Wilhelm Canaris, sem desprezar o já solidificado conceito de proibição de excessos, passa a reconhecer um novel viés do princípio da proporcionalidade: a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), apregoando que o Estado não apenas tem o dever de não exceder em seus meios de punição, mas, também, o de tutelar os direitos fundamentais de seus cidadãos de forma eficaz e suficiente.

Paralelamente, a falência do Estado de bem-estar social e a significativa elevação da criminalidade, na década de 1970, na Itália, fez com que a teoria da criminologia crítica se propusesse a reinvestigar a criminologia, buscando modelos de política criminal que pudessem satisfazer às necessidades daquele momento histórico, resultando na formulação de três modelos: o maximalismo penal, o abolicionismo penal e o direito penal mínimo, gênero a partir do qual foi edificada a teoria do garantismo penal.

A ideia de garantismo penal, objeto central deste trabalho, com efeito, está associada à construção de uma *doutrina de garantias* asseguradas pela Constituição e pelas leis de um país com o propósito de proteger, suficientemente, as pessoas e à sociedade, seja da ação do próprio Estado, seja de poderes sociais de fato.

O marco histórico fundamental da consolidação de uma doutrina penal de garantias se deu com a obra “Direito e Razão”, de Luigi Ferrajoli, que teve por propósito estabelecer as premissas basilares de proteção dos direitos fundamentais individuais (denominados de primeira dimensão), com importantes mecanismos de combate à hipertrofia punitiva.

O longo período autoritário vivenciado no século passado durante décadas no Brasil, marcado por sucessivas supressões de direitos fundamentais de seus cidadãos, explica a justificável preocupação do poder constituinte originário em sobrelevar os direitos fundamentais na nova ordem jurídico-constitucional erigida pela Constituição da República

de 1988, sedimentando uma importante doutrina de garantias individuais asseguradas pelo Estado aos seus cidadãos, notadamente no âmbito do direito penal e do processo penal.

A teoria em exame, como não se ignora, granjeou grande notoriedade em terras brasileiras, justamente pelo contexto histórico posterior ao período autocrático aqui vivenciado, estabelecendo a ideia de um garantismo penal negativo.

De fato, não se discute a imprescindibilidade da existência de mecanismos constitucionais e legais de proteção da pessoa em face de uma inadvertida hipertrofia punitiva do Estado, o que, claramente, está prestigiado em nossa Constituição da República, não se ousando, em absolutamente nenhum momento, discordar disto.

Todavia, avaliando com acuidade nossa ordem jurídico-constitucional, percebe-se a necessidade de salvaguarda não apenas dos direitos fundamentais individuais, que impõem ao Estado apenas obrigações negativas de abstenção na esfera de direitos de seus cidadãos, tratando-se de visão parcial, obnubilada e monocular da doutrina garantista, compatível apenas com a proteção de direitos de primeira dimensão reconhecidos pelo vetusto Estado Liberal de Direito.

É necessária, com efeito, uma compreensão integral e sistêmica dos comandos da Constituição da República, com a consequente e intransigente proteção dos direitos fundamentais de natureza individual, repudiando, com todas as forças, a hipertrofia punitiva, sem prejuízo da imprescindível tutela dos direitos fundamentais de natureza social e coletiva, abrangendo a necessidade de proteção suficiente, por parte do Estado, aos direitos de segunda e de terceira dimensão de cidadãos, agregando à teoria garantista um viés positivo e consonante com os ditames de um Estado Social e Democrático de Direito.

A estrutura conceitual do garantismo penal integral, obtempere-se, se pudesse ser sintetizada em uma fórmula aritmética, seria composta pela soma do garantismo negativo de Luigi Ferrajoli (proibição do excesso), com o garantismo positivo de Claus-Wilhelm Canaris (vedação da proteção insuficiente).

A consolidação da teoria do garantismo penal integral, portanto, emerge como o grande e novo desafio do direito penal na contemporaneidade, na exata medida em que deve impedir a inadvertida hipertrofia do poder punitivo estatal em face dos investigados e acusados no âmbito criminal, assegurando, por conseguinte, a incompaciente tutela de seus direitos de primeira dimensão, sem descuidar da indiscutível necessidade de suficiente proteção aos direitos fundamentais e bens jurídicos mais relevantes à sociedade, protegendo, igualmente, direitos de segunda e de terceira dimensão, consagrando, assim, a novel

concepção de um verdadeiro direito penal do equilíbrio que assegura, na mesma medida, a proteção integral coletiva da sociedade e individual de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático, in Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Juspodivm, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARATTA, Alessandro. **La política Crimin y el Derecho penal de la Constitución: Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales**. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1999.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Apresentação. In: CALABRICH, Bruno; FICHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017.

BARROSO, Luís Roberto, **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em 03 nov 2018.

_____. **Barroso rebate Gilmar e nega que Brasil viva quadro de “Estado Policial”**. O Estado de São Paulo. São Paulo, 26 jun 2017. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,barroso-nega-que-brasil-viva-quadro-de-estado-policial,70001863554>>. Acesso em 19 jul 2018.

_____. **Supremo rejeita por 6 votos a 5 habeas corpus preventivo para Lula; prisão agora depende de TRF4**. G1. Brasília, 04 abr 2018. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,barroso-nega-que-brasil-viva-quadro-de-estado-policial,70001863554>>. Acesso em 19 jul 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BÍBLIA SAGRADA. **A bíblia anotada: edição expandida / Charles C. Ryrie**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Mundo Cristão, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____, República Federativa do. **Estatuto de Roma**. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2008. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____, Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcppp_processo_penal.pdf>. Acesso em 13 out 2018.

_____, República Federativa do. STJ. Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239.363/PR, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 10 abril 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em 16 jul. 2018.

_____, República Federativa do. STJ. Recurso Especial nº 154.137/PB, Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 06 outubro 1998. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em 17 jul. 2018.

_____, República Federativa do. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 143.071/AM, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 06 de maio 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em 16 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.087 – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 24 agosto 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 29 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.316 – Sergipe. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 9 junho 2015. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5104 – Distrito Federal, Relator: Min. Roberto Barroso, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 21 maio 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 29 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642.536, Relator Min. Luiz Fux, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 5 fevereiro 2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 25 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.015, Relator Min. Celso de Mello, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 22 novembro 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 25 jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot Bonfim. **Direito penal da sociedade**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 2004.

CALABRICH, Bruno; FICHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. **O direito penal do inimigo e a ordem constitucional vigente**. 2009. 74f. Monografia para trabalho de conclusão de curso. Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem), Marília, 2009.

DIMOULIS, Leonardo Martins. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **Direitos humanos no Cone Sul (Brasil e Argentina): a herança das ditaduras e a construção do estado democrático de direito na perspectiva do direito penal**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências, Marília, 2017.

_____. **Direito e realidade social: velhos inimigos.** In “A construção do saber jurídico no século XXI”, 2005, Marília/SP, Anais do XIV encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, pp 203-214.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 2 ed. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

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

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Democracia y garantismo.** Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia.** Madrid: Trotta, 2006.

FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil.** Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral** (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 29 dez. 2016.

GÊNOVA, Jairo José, **Infrações penais de menor potencial ofensivo à luz dos princípios constitucionais.** 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, Volume V, arts. 121 a 136. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955.

LAZARI, Rafael José Landim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial:** a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Minimalismo penal: retórica e realidade.** In: BORGES, Paulo César Corrêa. **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta.** São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2012.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão judicial sobre políticas públicas: Limites institucionais, democráticos e constitucionais**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____, DIAS, Norton Maldonado. **Da crítica no pensamento de Karel Vasak e Norberto Bobbio acerca do surgimento dos direitos fundamentais e a teoria das dimensões dos direitos**. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 205-223, jul./dez. 2017. Disponível em <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/344/278>>. Acesso em 23 out. 2018.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade de Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**, São Paulo. IBBCRIM. 2005.

MARTÍ MARMOL, José Luiz. **El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: um análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 9ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte general**. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate efetivo à Corrupção**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*, pp. 43 – 68, 27 nov. 2014.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, Parte Geral**, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Prefácio. In: CALABRICH, Bruno; FICHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017.

PONTE, Antonio Carlos. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. 3 ed. Lisboa, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso 23 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. Apresentação. In: CALABRICH, Bruno; FICHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil.** Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005.

_____. **Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Disponível em <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 29 dez. 2016.

_____. **Direito Penal em tempos de crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul.2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11493>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.