

CURSO DE DIREITO

Bruna Sant'ana Machado

**GARANTISMO PENAL: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DE SUAS
FORMAS NEGATIVA E POSITIVA À LUZ DO DUPLO VIÉS DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Santa Cruz do Sul

2016

Bruna Sant'ana Machado

**GARANTISMO PENAL: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DE SUAS
FORMAS NEGATIVA E POSITIVA À LUZ DO DUPLO VIÉS DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso,
modalidade monografia, apresentado ao
Curso de Direito da Universidade de Santa
Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Prof. Ms. Cristiano Cuozzo Marconatto
Orientador

Santa Cruz do Sul
2016

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Bruna Sant’ana Machado adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 22 de novembro de 2016.

Prof. Ms. Cristiano Cuozzo Marconatto
Orientador

A todos com quem compartilho a alegria do meu sucesso.

[...] todo o direito emana da Constituição, na medida em que deve estar em perfeita sintonia com ela.

MARINHO, A. A.; FREITAS, A. G. T.

AGRADECIMENTOS

A minha família, sobretudo minha mãe Luciane e meus avós Sonia e Arlei, incansáveis na missão de me proporcionar todo o suporte para que siga ao encontro da realização dos meus sonhos, valorizando todos os passos dessas longas jornadas e ensinando-me que o amor é capaz de suprir qualquer vazio.

A todos meus amigos e inspirações, que, além de serem minhas fortalezas e possuírem o meu sincero carinho, me apoiam e vibram com todas as minhas vitórias, permanecendo ao meu lado independentemente da distância física e do passar do tempo.

Ao professor orientador Cristiano Cuozzo Marconatto por saber conduzir minhas inseguranças e anseios, disponibilizando sua experiência, conhecimento e paciência durante toda a realização do trabalho.

Por fim, aos colegas de estágio do Ministério Público e da Delegacia de Polícia de Rio Pardo que, das mais variadas formas, colaboraram para a escolha do tema e desenvolvimento do trabalho.

RESUMO

O presente trabalho consiste em um breve estudo da evolução das formas de Estado Liberal e Social os quais antecederam o atual Estado Democrático de Direito, bem como de seus reflexos relevantes na legislação penal e processual penal. Nessa linha, com o advento do Estado Democrático será abordada a importância da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual deve servir efetivamente como mandamento fundamental. Posteriormente, serão abordados princípios constitucionais, implícitos e explícitos, expressivos para o Direito penal e processual penal, cujo conteúdo deve disseminar-se a todo ordenamento jurídico, sobretudo durante a aplicação de uma sanção. A seguir, será apontado o conceito do garantismo penal baseado na teoria do jurista Luigi Ferrajoli e suas três definições, juntamente com a apresentação do sistema garantista elaborado pelo mesmo. Serão também abordadas as distorções dos estudos de Ferrajoli que culminaram com a prática do garantismo “hiperbólico-monocular”, direcionado apenas para a observação dos direitos fundamentais individuais, atuantes como limitadores da atuação estatal, ao passo que será demonstrada a necessidade da aplicação do garantismo integral, fundamentado pelo princípio da proporcionalidade. Por fim, dissertar-se-á sobre o referido princípio, sobretudo no que tange à necessidade de se buscar o justo equilíbrio entre a vedação dos excessos e a proibição da proteção deficiente a fim de que sejam respeitados simultaneamente direitos fundamentais individuais, sociais e transindividuais.

Palavras-chave: Constituição; princípios constitucionais; proporcionalidade; garantismo penal;

ABSTRACT

The present work consists of a brief study of the evolution of the forms of Liberal and Social State which preceded the current Democratic State of Law, as well as of its relevant reflexes in the penal and procedural criminal law. Along these lines, with the advent of the Democratic State, it will be addressed the importance of the promulgation of the Federal Constitution of 1988, which should effectively serve as fundamental commandment. Subsequently, constitutional principles, implicit and explicit, expressive for criminal and procedural criminal law will be addressed, the content of which must be disseminated to all legal systems, especially during the application of a sanction. Next, will be addressed the concept of criminal garantism based on the jurist's theory Luigi Ferrajoli and its three definitions will be pointed out, together with the presentation of the guarantor system elaborated by the same. Also will be addressed the distortions of Ferrajoli's studies that culminated in the practice of "hyperbolic-monocular" garantism, directed only at the observation of individual fundamental rights, acting as limiting the state's performance, will be discussed, while the need to apply the garantism reasoned by the principle of proportionality. Finally, this principle will be discussed, especially with regard to the need to find the right balance between the prohibition of excesses and the prohibition of deficient protection, so that individual, social and transindividual fundamental rights are respected.

Key words: Constitution; constitutional principles; proportionality; Criminal garantism;

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DO DIREITO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PENAL.....	12
2.1	O Estado Liberal.....	14
2.2	O Estado Social.....	18
2.3	O Direito penal no Estado Democrático de Direito.....	23
3	A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL.....	28
3.1	Princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito.....	30
3.2	Princípios constitucionais penais e processuais penais.....	33
3.2.1	Princípio da legalidade.....	33
3.2.2	Princípio da taxatividade.....	36
3.2.3	Princípio da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade..	36
3.2.4	Princípio da insignificância.....	37
3.2.5	Princípio da humanidade das penas.....	38
3.2.6	Princípio da pessoalidade e individualização da pena.....	39
3.2.7	Princípio da proporcionalidade.....	39
3.2.8	Princípio da isonomia.....	40
3.2.9	Princípio da culpabilidade.....	40
3.2.10	Princípio da proteção exclusiva dos bens jurídicos.....	41
3.2.11	Princípio da vedação da dupla imputação pelo mesmo fato.....	42
3.2.12	Princípio da presunção da inocência.....	42
3.2.13	Princípio da ampla defesa e do contraditório.....	43
3.2.14	Princípio do duplo grau de jurisdição.....	44
3.2.15	Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.....	45
4	O GARANTISMO PENAL E A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	46
4.1	O conceito de garantismo penal segundo Ferrajoli.....	46
4.2	O sistema garantista elaborado por Ferrajoli como limitador <i>do ius puniendi</i> estatal.....	47
4.3	O garantismo “hiperbólico-monocular”.....	49
4.4	O garantismo penal integral como um dos alicerces para a concretização	

	do Estado Democrático de Direito.....	51
4.5	O princípio da proporcionalidade em matéria penal.....	52
4.5.1	O princípio da proibição dos excessos.....	55
4.5.2	O princípio da vedação da proteção deficiente/insuficiente.....	56
5	CONCLUSÃO.....	59
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a necessária leitura do Direito penal e processual penal a partir da principiologia constitucional, bem como apontar a importância do princípio da proporcionalidade neste contexto, sobretudo durante a aplicação de uma sanção que pondere e respeite, ao mesmo tempo, o direito do indivíduo em ter sua liberdade restringida somente nos casos relevantes e o direito de qualquer cidadão de viver em uma sociedade segura, sendo ambos direitos fundamentais constitucionais, os quais carecem de igual tratamento.

A escolha da presente temática justifica-se por ser notória a necessidade de recorrer-se à Constituição e sua carga principiológica para interpretar qualquer tipo de legislação hierarquicamente inferior. No caso do Direito penal e processual penal não se é diferente. Todavia, esse pensamento ainda é pouco explorado de fato no mundo jurídico, em que pese tenha se fortalecido com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por diversas vezes a leitura do Código Penal é feita em desarmonia com os princípios constitucionais vigentes, gerando uma consequente interpretação insuficiente ou descabida, tendente apenas ao acusado e à máxima proteção de seu direito à liberdade.

Nessa linha, diante de uma realidade social violenta, estampada nas elevadas taxas de práticas delituosas, e de uma população a mercê de políticas públicas ineficientes, o presente trabalho reforça a importância da Constituição como Lei Fundamental e guia de todo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que tange aos direitos considerados fundamentais e os princípios nela explícitos ou implícitos, os quais devem ser respeitados de maneira integral e primordial, auxiliando o Direito penal a alcançar a efetiva proteção de todos seus bens jurídicos, bem como a garantir o efetivo respaldo do direito à segurança a todos os cidadãos.

A promulgação da Constituição Federal de 1988, batizada de “Constituição cidadã/garantista”, trouxe ao ordenamento jurídico pátrio diversos princípios os quais norteiam, entre outros ramos, o do Direito penal e o Direito processual penal.

Assim, baseando-se principalmente nas duas faces do princípio da proporcionalidade e levando-se em consideração que o Direito material e processual penal não deve dissociar-se do que preceitua a Carta Magna, ainda que de forma implícita, surgem os questionamentos: de que forma congregar os ditames do Direito penal e processual penal à Constituição?

Considerando, ainda, que estão taxados nos artigos iniciais da Constituição as garantias e direitos fundamentais à população brasileira e estrangeira residente no país, entre eles o direito à liberdade e à segurança, diante dos casos concretos, quais destes direitos deve prevalecer?

Para tanto, está estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro capítulo demonstrará as diversas concepções de Estado, discorrendo acerca das principais características dos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito, visando trazer o contexto histórico-constitucional que marcou a evolução do Direito penal e processual penal.

O segundo capítulo analisará os princípios norteadores do Direito penal e processual penal atinentes ao tema, estampados implícita e explicitamente na Constituição Federal de 1988.

Já no terceiro capítulo será apresentada a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e seu sistema normativo de direito elaborado com a finalidade de proteger todo e qualquer cidadão das sanções abusivas impostas pelo Estado, ao passo que será discutida a sua equivocada e desproporcional aplicação. Por conseguinte será demonstrada a necessária aplicação do garantismo de forma integral a partir do duplo aspecto do princípio da proporcionalidade em matéria penal, enquanto garantia contra abusos do Estado e garantia contra uma proteção estatal deficiente.

Por fim, o presente trabalho será fundamentado pela pesquisa bibliográfica, consistente na consulta de materiais já elaborados, como livros, artigos e sites. Quanto ao método, será utilizado o hermenêutico, que consiste na compreensão e análise dos materiais de pesquisa disponíveis, aplicando-os ao contexto do trabalho.

2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DO DIREITO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PENAL

Para compreender os avanços estatais, faz-se necessário um breve retorno a meados do século XV, período que compreende a queda do feudalismo como sistema político, econômico e social, pontuando o final da Idade Média e a transição para o Estado Moderno.

A classe burguesa, estrato social composto principalmente por comerciantes, ao visar vantagens econômicas contraprestadas pela figura do soberano, concentrou e centralizou o poder político nas mãos daquele, o qual o exercia de forma individual e ilimitada, ascendendo o absolutismo monárquico como sistema político e administrativo predominante no continente europeu entre os séculos XVI e XVIII.

Nesse sentido, aponta Streck, M. (2009, p. 25)

o Estado, personificado na figura do monarca, é o único protagonista da política e responsável por representar essa unidade de modo superior e imparcial a respeito das opiniões dos súditos. Essa premissa permite uma maior capacidade para o governo central penetrar na sociedade e regular o comportamento dos indivíduos e das forças sociais, extraíndo maiores recursos com instrumentos e procedimentos mais racionais.

Este período foi caracterizado economicamente pela prática do mercantilismo e da intervenção contínua do Estado nos negócios financeiros, reforçando a ideia de que o acúmulo de riquezas, através de práticas como o aumento das taxas de exportação, tornaria o Estado mais forte e desenvolvido.

Por outro lado, a concentração ilimitada de poder nas mãos do rei impedia o desenvolvimento dos institutos das garantias em favor dos indivíduos contra o Estado, entendendo-se como garantia “um compromisso assumido pelo Estado no sentido de respeitar os limites legais de sua própria ação, e de proteger determinados direitos subjetivos em função de tais limites” (SALDANHA, 1980, p. 70). Na seara do Direito penal, a ausência desses institutos era percebida ao ter a condenação do acusado como principal finalidade, utilizando-se de exageradas sanções penais como meios de intimidação e vingança.

A legislação penal vigente na época permitia a aplicação de penas de caráter extremamente cruel, na maioria das vezes corporais e mediante o emprego de tortura para obtenção da confissão, bem como de um julgamento desigual baseado em decisões arbitrárias dos magistrados, concretizando

[...] um Direito gerador de desigualdades, cheio de privilégios, heterogêneo, caótico; construído sobre um conglomerado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes; arbitrário e excessivamente rigoroso. (PRADO, 2012, p. 95)

Justificado por Masson (2010, p. 54), ao apontar que

a razão da vingança social ou divina e o objetivo da intimidação e exemplaridade justificavam os excessos, amparados pelas leis confusas e indeterminadas, normalmente prolixas, e interpretadas em conformidade com o arbítrio da Igreja e dos juízes por ela doutrinados.

Para alguns autores, paralelamente ao clima de insegurança e temor existente entre a população-alvo dos excessos do monarca, eclodiram diversos movimentos revolucionários norteados pelos ideais iluministas (liberdade, igualdade e fraternidade), o que culminou com o surgimento do chamado Estado de Direito

[...] com o objetivo de submeter o poder político às regras do direito, de modo que a administração do governante encontraria no direito as balizas à ação do Estado em face dos direitos reservados aos cidadãos, [...] bem como pela existência de um controle judicial, indispensável para a realização do Estado de Direito e para a aplicação das regras estabelecidas. Corolário da necessidade do controle judicial da aplicação das regras de direito é a compreensão e o estabelecimento de uma ordem jurídica hierarquizada, tendo como princípio de base a supremacia da Constituição. (SBARDELOTTO, 2001, p. 30)

Nas palavras complementares de Machado (2010, p. 42), o Estado, em suas variantes liberal, social e democrático “[...] é sinônimo de Estado de direito precisamente pelo fato de que se assenta no princípio da legalidade”.

Por conseguinte, por ter sido constituído com base na lei, regulando suas decisões pela mesma, o Estado de Direito limitou o poder e estruturou o Estado, catalogando suas leis, reconhecendo os direitos fundamentais e estabelecendo previamente as condutas criminosas de forma clara e objetiva. Ou seja, o cidadão passa a ter a garantia decorrente da positivação das leis, o que retira do monarca a discricionariedade de decidir sobre as condutas e aplicar as penas que bem entendesse.

2.1 O Estado Liberal

O advento do Estado Liberal é fruto do descontentamento geral ao

absolutismo monárquico vigente até meados do século XVIII. Sob influência direta dos ideais iluministas difundidos na Europa através de um movimento cultural, político, filosófico e social, ingressa-se no chamado “Século das luzes”, período caracterizado por orientar a humanidade a estar em constante evolução por meio do domínio da razão e de sua extensão a todas as áreas que ensejassem atingir a progressão do ser humano.

Nesse cenário, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, utilizando como inspiração o conteúdo de obras de grandes pensadores como Locke, Montesquieu e Rousseau, aplicado em matéria penal e processual penal, publica em 1764 o célebre *Dei delitti e delle pene*, denunciando as crueldades do sistema penal vigente e demonstrando a necessidade de reforma da legislação por meio de ideias dignas de um manual de Direito penal que

[...] além de causar grande repercussão, marcaram o nascimento do Direito Penal moderno. Sem dúvida, foi ele o autor que em primeiro lugar desenvolveu a ideia da estrita legalidade dos crimes e das penas, operando uma verdadeira sistematização, dominada por três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária. (PRADO, 2011, p. 97)

Utiliza-se da teoria do contrato social de Rousseau para explicar que “o criminoso passa a ser reputado como violador do pacto social, sendo então considerado adversário da sociedade” (MASSON, 2010, p. 54). Sendo que essa violação deveria ser contra um direito subjetivo e natural do indivíduo, ainda que não fosse reconhecido juridicamente, como o direito à vida e os meios que consolidem sua preservação (COPETTI, 2000).

Resumidamente, Beccaria considera que as penas só podem ser fixadas por leis claras e precisas, previamente elaboradas pelo poder legislativo e com igual aplicação a todos os destinatários. Essa aplicação deve ser baseada na proporcionalidade e necessidade, servindo como espécie de exemplo. As penas suplicantes e de tortura devem ser extintas, agregando como finalidade a prevenção de novos crimes e o Estado deve separar suas funções, concluindo que

[...] para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei. (BECCARIA, 2016, www.dominiopublico.gov.br)

No âmbito criminológico, surge a Escola penal clássica com o pensamento de

que o indivíduo delinquente não nasce desta forma, como se portasse uma patologia, e sim, que ele pratica determinadas condutas ilícitas por sua própria vontade. O Direito penal e a pena começam a ser considerados como instrumentos legais de defesa da sociedade contra o crime e como fatores desestimuladores da prática de ilícitos. (BARATTA, 2002)

Os ideais difundidos por Beccaria serviram de base para o Direito penal e processual penal moderno, estando presentes de forma implícita e explícita até a atualidade. Entre eles, ressaltam-se o dever das leis serem claras e públicas, devendo toda a população ter conhecimento e obedecê-las; a proibição da aplicação de penas arbitrárias por parte do magistrado; a justificativa da prisão preventiva apenas nos casos que existam provas suficientes da existência do delito, bem como de sua autoria; a admissão de diversos meios probatórios em juízo, inclusive o interrogatório do acusado; a vedação das penas que ultrapassem a pessoa acusada, atingindo seus herdeiros, por exemplo; a proibição dos meios cruéis para obtenção da confissão, e o dever de serem as sanções aplicadas não somente com a intenção de punir, mas também com a finalidade de recuperar o agente criminoso.

Para Machado (2010) na seara processual penal o pensamento iluminista foi claramente defendido por Beccaria ao propor um processo acusatório com a participação do réu, considerado sujeito detentor de direitos, podendo alegar sua defesa por diversos meios racionais probatórios, consolidando o processo como mecanismo de justiça. Todavia, manteve a defesa das penas de morte e de prisão perpétua, desde que fossem úteis e estritamente proporcionais com a gravidade da conduta do réu.

Entre os inúmeros movimentos revolucionários da época, considera-se a Revolução Francesa como marco inicial do período liberal. O movimento detinha como lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, e, impulsionado pelo pensamento iluminista, dividiu a França entre população privilegiada, constituída de um lado pelo clero (bispos e sacerdotes em geral) e nobreza, e de outro pelo povo, ou terceiro estado, constituído principalmente pelos comerciantes emergentes

O povo, considerado como a população menos favorecida, arcava sozinho com os altos tributos cobrados pelo Rei Luís XVI na tentativa de contornar a crise econômica vivenciada pelo país em decorrência das dificuldades na agricultura e na indústria têxtil, com o conseqüente aumento expressivo do desemprego e da população marginalizada. Como assinala Copetti (2000, p. 53), ao referir que a eclosão da Revolução Francesa deu-se

[...] em reação aos ordenamentos medievais e absolutistas, à sua pluralidade de poderes concorrentes e à oposição histórica e secular entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, que se estruturou de forma mais completa o Estado Liberal de Direito, no qual se refletiu a pugna da liberdade e da propriedade contra o despotismo na área continental europeia.

Nesse contexto, logo após tomar a Bastilha, fato que se tornou símbolo do movimento reacionário, a burguesia reuniu-se e formou a Assembleia Nacional Constituinte, proclamando a Declaração dos direitos do homem e do cidadão no ano de 1789, constituída por 17 artigos baseados, principalmente, nos princípios da liberdade e igualdade perante a lei, defesa da propriedade privada e o direito de resistência à opressão, consagrando os bens jurídicos de cunho individual-patrimonialista e os ideais penais já postulados por Beccaria.

Sob estes preceitos, entraram em vigor ao longo do século XIX o Código penal de Napoleão, o Código penal bávaro, o Código penal prussiano e o Código penal italiano, todos tratando de um individualismo meramente formal e abstrato que apenas pretendia nortear o direito penal em função das liberdades do homem (SBARDELOTTO, 2001).

Saldanha (1980, p. 73) aponta que “o liberalismo fez do indivíduo base da sociedade, fez da liberdade base da ordem política e fez das garantias núcleo da constituição”, destacando o anseio pela liberdade como principal objetivo burguês. Ideia também defendida por Lopes (1999), citado por Sbardelotto (2001, p. 33) ao destacar que liberalismo “tornou-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social [...]”.

Nessa esteira, é possível salientar o surgimento da primeira geração de direitos constitucionais fundamentais, a qual dá conta dos direitos civis e políticos, consistentes nas faculdades ou atributos de titularidade dos indivíduos com status oponível ao Estado (BONAVIDES, 2002).

Na visão complementar de Feldens (2012, p. 46), os direitos fundamentais surgem como direitos de defesa ou omissão.

A primeira perspectiva das liberdades individuais se caracteriza, pois, por um conteúdo *negativo*: seu desfrute exige simplesmente a abstenção do Estado, a não interferência deste na esfera de liberdade pessoal previamente definida. (Grifo original)

Embora a burguesia tenha alcançado seus objetivos, consagrando-se vitoriosa, logo se afastou dos anseios das camadas menos favorecidas, importando-se apenas com seus próprios interesses, agindo contrariamente à distribuição igualitária de riqueza e impossibilitando que o povo ocupasse cargos públicos. Essas e outras condutas foram características de um período altamente individualista que almejava apenas a igualdade formal, consistente na igualdade de todos perante a lei, consubstanciada em alguns artigos da Declaração dos direitos do homem e do cidadão como:

Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

[...]

Art. 6º A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. (Declaração dos direitos do homem e do cidadão, 1789, www.mpf.mp.br)

A Declaração de direitos do homem e do cidadão foi responsável por reunir direitos naturais e sagrados do homem e estabelecer os princípios da legalidade, do juiz natural, da intervenção mínima, da presunção de inocência, da punição do abuso de poder e da igualdade (DOTTI, 2013).

A partir da análise dos textos liberais, pode-se concluir que a igualdade puramente formal é atingida através da abstenção estatal, ou seja, um “não-agir” do Estado em promover privilégios e regalias em favor de uma única classe, no caso a nobreza. Acreditava-se que cada indivíduo poderia buscar e atingir a igualdade com suas aptidões próprias e naturais, afastando o Estado da figura de promovedor de benefícios para que se alcançasse uma igualdade mais ampla. É nessa perspectiva que a Constituição é vista como instrumento protetor e direcionador de garantias, além de ser a norma limitadora suprema do poder estatal.

Nesse contexto de abstenção estatal, o surgimento do capitalismo e da inovação tecnológica juntamente com a Revolução Industrial foram os propulsores para a existência de um grande contraste social entre os detentores de capital e os miseráveis trabalhadores expostos a condições desumanas e degradantes durante as longas jornadas de trabalho. A abstenção estatal, notadamente nas relações econômicas, contribuiu para o acúmulo de riqueza nas mãos burguesas e, conseqüentemente, com a acentuação das desigualdades sociais.

Em que pese os ideais iluministas largamente difundidos gerassem comoção,

refletiam apenas os desejos da então classe dominante, a classe burguesa. O pensamento revolucionário francês não possuía o mesmo valor para os diferentes grupos sociais. Ao passo que a classe trabalhadora reivindicava melhores condições de vida, o Estado, indo de encontro aos preceitos do *laissez-faire*, *laissez passer*, deixa de ser mero espectador e passa a empreender forças para reprimir e eliminar os movimentos sociais emergentes.

Nesse sentido refere Machado (2010, p. 44)

[...] ao mesmo tempo em que deve garantir as liberdades fundamentais, o Estado liberal pode também suprimi-las. Para o exercício desse papel contraditório, o Estado passou a monopolizar a violência por meio de mecanismos de repressão que frequentemente estão em aberto confronto com as liberdades individuais. Com isso, o mesmo Estado que exerce o papel de garantia do direito de liberdade do indivíduo assume também a função paradoxal de reprimir esse direito, em nome da ordem.

A mudança ocorrida na estrutura econômica e a conseqüente desigualdade de acúmulo de riquezas entre os diferentes segmentos sociais, cumulada com as práticas omissivas do Estado frente às necessidades populacionais serviram como propulsão para o ingresso em uma nova forma estatal, onde se passa a exigir a atuação estatal frente à correção das desigualdades sociais.

2.2 O Estado Social

O Estado do bem-estar social surge como reação à opressão sofrida pela classe operária, provocada pela concentração de poder econômico da burguesia. Em oposição ao comportamento estatal omissivo, surge a necessidade da intervenção do Estado para assegurar direitos de cunho social, baseados na dignidade da pessoa humana e fundamentais para a promoção e realização do conceito de cidadania.

A consolidação do capitalismo e o surgimento das máquinas e motores substituíram a mão-de-obra humana, elevando a taxa de desemprego e se estendendo a uma grande parcela da população que passou a viver em situação de extrema pobreza, incapaz de integrar o sistema capitalista. Por outro lado, os empresários diretamente beneficiados pelo advento da Revolução Industrial acumulavam riquezas e poder, efetivando uma sociedade totalmente desigual.

Nessa ótica, a conduta absenteísta e mínima do Estado teve de ser substituída pelo intervencionismo apto a gerar condições mínimas para o

aproveitamento dos direitos liberais até então conquistados, conciliando e promovendo efetivamente os anseios sociais tanto dos indivíduos como da coletividade (STRECK, 2009).

Nas palavras de Copetti (2000, p. 55)

transforma-se, assim, a concepção de cidadania, passando esta do plano civil e político para a esfera civil, e a ordem jurídica transforma-se em instrumento de atingimento de metas sociais concretas, dentro de uma lógica distributivista de satisfação de direitos humanos sociais, igualitários, destinados a organizar a sociedade de forma mais justa. O Estado de Direito deixou, assim, de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, com a pretensão de realização da justiça social.

Dessa forma, Sbardelotto (2001, p. 39) conclui que

em essência, a segurança jurídica e a igualdade ante a lei devem ser acompanhadas pela segurança de condições vitais básicas e com correção de desigualdades socioeconômicas. [...] No Estado Liberal tratava-se de proteger a sociedade do Estado, por meio da idéia (sic) de inibição, enquanto no Estado Social de Direito trata-se de proteger a sociedade por meio do Estado, através da idéia (sic) de ação em forma de prestações sociais, direção econômica e distribuição do produto nacional.

Nessa esteira, não se pode garantir e afirmar apenas a igualdade perante a lei, mas sim através da lei, de onde se faz necessário assegurar a toda a população, independente de sua posição financeira, o alcance a oportunidades iguais para se concretizar o mínimo de dignidade, ou seja, uma igualdade material e de fato, não meramente formal, abstrata e perante a lei, atingida através de prestações positivas do Estado, que deixa de ser espectador e se torna efetivador de direitos.

O contexto de busca pela justiça social e o equilíbrio entre as classes encontrou guarida na ideologia de Karl Marx e Friederich Engels, disposta em obras como O manifesto comunista, de 1848. O livro critica severamente o capitalismo e aponta que a sociedade é baseada pela economia, e o trabalho é o fundamento da última, tecendo, assim, os fundamentos do chamado socialismo científico. Ainda, destaca a capacidade de o proletariado poder se revoltar contra sua própria exploração, originando uma luta de classes.

O delito, dentro da ideologia de Marx, era considerado como uma consequência das tensões sociais, onde se acreditava que “não se deve castigar o crime no indivíduo, mas destruir as raízes antissociais do crime e dar a cada qual a margem social necessária para exteriorizar a sua vida de um modo social”.

(ZAFFARONI, 2013, p. 267)

É nesse contexto de novos problemas criados pelo desenvolvimento econômico que surgem os direitos fundamentais de segunda geração, entendidos como direitos sociais, coletivos e de coletividades, de cunho positivo, material e concreto, que passam a exigir prestações sociais do Estado nos campos da educação, saúde, trabalho e assistência social (SARLET, 2012). Entendimento corroborado por Morais (1996, p. 79) ao referir que nesse período ocorre

[...] a construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal. A lei assume uma segunda função, qual seja a de *instrumento de ação concreta do Estado*, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios. Sua efetivação estará ligada privilegiadamente à promoção das condutas desejadas. (Grifo original)

Embora algumas cartas constitucionais liberais tenham mencionado algum direito fundamental de segunda geração, o reconhecimento, por parte do Estado, do constitucionalismo efetivamente social é inaugurado nas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919).

A Constituição mexicana de Queretato traz consigo 136 artigos, agrupados em 9 títulos, sendo “Das garantias individuais” o capítulo inicial do primeiro título. Nessa extensa seção são consagrados diversos direitos clássicos liberais, como a igualdade entre os sexos, a liberdade de informação e expressão. Já no âmbito penal e processual penal, reafirma princípios como o da legalidade, destacando outros como o do juiz natural, da retroatividade da lei mais favorável, da vedação às penas cruéis, ressaltando, ainda, as garantias em favor do acusado. Ao mesmo tempo em que traz à baila os direitos e garantias sociais, como o direito à saúde e à moradia digna, todos fortemente defendidos durante a Revolução Mexicana (PINHEIRO, 2006, www2.senado.leg.br).

No título VI da referida Carta constitucional, denominado de *Del trabajo e de prevision social*, estão concentrados também os direitos trabalhistas como o direito ao emprego, estipulação de jornada máxima, salário digno e período de descanso proporcional.

Já a Carta Alemã, conhecida com Constituição de Weimar, foi promulgada logo após a ratificação do Tratado de Versalhes. Constituída por 165 artigos agrupados em dois livros, onde o livro II, constituído por 5 capítulos temáticos, serviu de inspiração para as cartas constitucionais do mundo todo, inclusive a Constituição

brasileira de 1934, em que pese possuísse alguns institutos confusos, os quais foram compreendidos após elaboradas técnicas hermenêuticas (PINHEIRO, 2006, www2.senado.leg.br).

A título de direitos fundamentais de primeira geração, estão arrolados, entre outros, o direito à igualdade cívica entre homens e mulheres, nacionalidade, livre circulação no território, irretroatividade da lei penal, liberdade de crença religiosa e direito ao voto secreto (PINHEIRO, 2006, www2.senado.leg.br).

Como direitos sociais, foram estampados o direito a proteção e assistência à maternidade e à velhice, direito à educação dos filhos, proteção à juventude, direito à aposentadoria ao servidor público, ensino obrigatório e gratuito e seguro-desemprego (PINHEIRO, 2006, www2.senado.leg.br).

De forma breve, conclui-se que ambas as Constituições reconheceram a necessidade de preservar o enfoque sobre os conteúdos liberais já positivados anteriormente, abrangendo então os direitos de cunho social. Percebe-se, também, que a primeira Carta concentrou-se nas questões agrárias e nos direitos trabalhistas, enquanto a segunda previa diversos artigos concernentes ao direito à educação e a um sistema organizado de previdência.

Convém lembrar que no Brasil o Estado Social não chegou a se concretizar como ocorrera na Europa, uma vez que o processo de industrialização e apogeu do capitalismo na nação foi lento e conseqüentemente tardio. A economia frágil, baseada na agricultura, exigia que o país importasse quase todos os tipos de bens de consumo, fato que ensejou o enfraquecimento da economia e a conseqüente eclosão da Crise de 1929.

Em 1930, com o ingresso na Era Vargas, a industrialização então foi considerada um dos principais meios para o desenvolvimento do país, fato visualizado na criação e sanção da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, responsável por reunir e inserir definitivamente os direitos trabalhistas no ordenamento pátrio.

Inaugurada a efetiva socialização dos direitos fundamentais nas legislações, destaca-se que, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação das Organizações das Nações Unidas (ONU), durante uma assembleia geral com a presença de lideranças mundiais e com o intuito de complementar a ideia de que as atrocidades ocorridas na guerra jamais se repetiriam, foi elaborado um guia para assegurar os direitos de toda a população, em qualquer lugar que ela esteja.

O esboço inicial deste guia foi apresentado em 1948, e posteriormente

denominado de Declaração universal dos direitos humanos. Em seu preâmbulo são mencionados diversos direitos de índole fundamental, justificando que a mesma é

[...] como um ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivas (sic) tanto entre as populações dos próprios Estados-membros como entre os povos dos territórios colocados sob a sua jurisdição. (Declaração universal dos direitos humanos, 1948, www.humanrights.com)

Esse guia influenciou diretamente a promulgação de diversos dispositivos responsáveis por assegurar e tutelar os direitos humanos a diferentes lugares no mundo, inclusive o Brasil. Na concepção de Zaffaroni (2013, p. 68) a Declaração torna-se uma “baliza jurídica positiva que serve de referência” para que as atrocidades ocorridas e justificadas como necessárias para o alcance da “justiça”, jamais se repitam.

2.3 O Direito penal no Estado Democrático de Direito

Ultrapassada a transição do Estado Liberal para o Social, embora este último não tenha sido efetivado por completo no Brasil, cumpre destacar que o país passou por regimes ditatoriais militares no período de 1964 a 1985, que suprimiram praticamente todas as garantias do indivíduo contra o Estado até então conquistadas, e dos direitos humanos mundialmente reconhecidos, através da edição de diversos Atos institucionais que validavam a prática da censura, perseguição política e a repressão de todos os atos contrários ao regime militar.

Somente no governo do General João Baptista Figueiredo (1979-1985) que foram sancionadas leis menos rigorosas, como a que restabelecia o pluripartidarismo político, favorecendo, conseqüentemente, a formação de uma oposição ativa contra o regime militar que clamava pela redemocratização do país através do movimento “Diretas já”, culminando com a escolha do presidente Tancredo Neves, em 15 de janeiro de 1985, pelo colégio eleitoral, fato considerado como marco final do regime militar.

Nesse cenário, foi promulgada, em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, extinguindo os resquícios ditatoriais, restabelecendo os direitos suprimidos neste período, e instituindo os princípios basilares da

democracia no país. Embora não possua força normativa, o preâmbulo desta Carta expressa a intenção do legislador em instituir um Estado democrático, sendo este fadado a assegurar todos os direitos individuais e sociais fundamentais considerados “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, www.planalto.gov.br)

Segundo Lobato (1998), citado por Sbardelotto (2001, p. 43), com o constituinte de 1988

procurou-se então um compromisso entre as posições liberalizantes e socializantes do Estado. Este compromisso foi possível pela clara afirmação do princípio democrático, onde cada corrente poderia buscar, no debate político interno, o apoio popular para a implantação de programas liberais ou sociais de governo. A Constituição brasileira de 1988 adotou a expressão Estado Democrático de Direito, onde se procurou ressaltar o princípio democrático que deve prevalecer sob toda a construção jurídica criada pelo novo Texto Constitucional.

Referindo que a promulgação da Carta Constitucional de 1988 institui a mudança do perfil do Estado, passando este a representar a expectativa de consolidação dos direitos sociais que ainda não haviam se materializado, embora estivessem previstos no ordenamento jurídico de forma abstrata. Complementando que

[...] quando a Constituição brasileira de 1988 afirma no seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de Direito, assume, na realidade, um compromisso entre as concepções liberal e social, do Estado de Direito. Assim, a concretização do Estado de Direito pressupõe a realização de certos princípios constitucionais, tais como o princípio da juridicidade, da constitucionalidade, da separação dos poderes, dos direitos fundamentais, e, no contexto do Estado democrático de Direito, o princípio democrático. (LOBATO, 1998, citado por SBARDELOTTO, 2001, p. 43)

Streck (2009) ressalta que o referido “compromisso” é reflexo do conceito de Constituição dirigente, baseada na teoria homônima do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho. Entendendo-se como constitucionalismo dirigente e compromissório a tendência à transformação da realidade social por meio do direito, ou seja, a Constituição torna-se a base legal para a mudança da sociedade, vinculando o legislador e os órgãos concretizadores ao dever de cumprir o conteúdo das chamadas “normas programáticas” positivadas na Constituição. Essa última assume, então, posição simultânea de “norma e tarefa”, possuindo uma vinculação de cunho material aos atos políticos. Concluindo que

o poder estadual não é uma entidade substancial preexistente à constituição e limitada a posteriori por esta; é um poder com fundamento na constituição, devendo os seus actos (sic) considerar-se também, e em qualquer caso, constitucionalmente determinados. (CANOTILHO, 1994, citado por SBARDELOTTO, 2001, p. 79)

Entre esses dispositivos programáticos, destaca-se o artigo 3º, que estabelece os objetivos da República brasileira, direcionados à concretização da justiça social, a qual será atingida por meio de políticas governamentais que permitirão o exercício da cidadania e o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, estes últimos considerados como fundamentos da República, dispostos no artigo 1º e possuindo caráter igualmente programático e dirigente.

Na concepção de Feldens (2012), é nessa perspectiva que o Estado torna-se detentor de duas missões, devendo tutelar os direitos fundamentais em seu âmbito negativo ao mesmo tempo em que deve protegê-los, sob a ótica positiva. Os chamados direitos naturais tornam-se fundamentais, passando, então, a ter um caráter multifuncional, de um lado são direitos de defesa oponíveis ao Estado, e do outro são imperativos de tutela, exigindo proteção através do mesmo Estado.

Em consequência desse caráter revolucionário de transformação, o Estado Democrático traz ao encontro dos institutos jurídicos até então respaldados, os direitos de terceira dimensão, consagrados como transindividuais ou difusos, ligados diretamente ao conceito de fraternidade e proteção do ser humano para se atingir a transformação da realidade. Nessa esteira, frisa-se que o significado da expressão “Estado Democrático” é baseado, também, no alcance do complexo conceito de “dignidade da pessoa humana”, fundamento explícito da República, através da tutela dos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, positivados em 78 incisos do artigo 5º.

Depois de caracterizado o Estado Democrático de Direito, ainda que de forma breve, cumpre-se fazer alguns apontamentos sobre bens jurídicos penais, seu conceito e disposição no ordenamento jurídico vigente, uma vez que a prática de uma conduta tipificada como crime é uma lesão direta à principal missão e função do Direito penal, consistente na proteção de determinado bem jurídico.

Para Dotti (2013, p. 77), a consequência deste pensamento é que se incumbe ao Direito Penal, por meio da elaboração de diversas normas, “[...] definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e outros bens declarados e protegidos pela Constituição e demais leis”. Prossegue explicando que as referidas normas podem possuir natureza incriminadora, sancionadora ou

diversa. Masson (2010) complementa que só é válido definir condutas criminosas quando estas atingem o que está consagrado pela Constituição como bem jurídico digno de proteção.

Nos ensinamentos de Prado (2012, p. 70) aponta-se a importância da noção de bem jurídico penal, referindo que para esta ser atingida faz-se necessária “[...] a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”. No contexto do Estado Democrático de Direito, tido como a evolução dos Estados Liberal e Social e promovedor dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações, consideram-se relevantes as condutas que lesem os ditos direitos constitucionais fundamentais, sobretudo os transindividuais como os crimes contra a ordem econômico-financeira e tributária, e que, na maioria das vezes, são os pilares da injustiça social enraizada no país. Em virtude disso,

as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferencialmente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado. Ou seja, no Estado Democrático de Direito – instituído no art. 1º da CF/88 – devem ser combatidos os crimes que fomentam a injustiça social, o que significa afirmar que o direito penal deve ser reforçado naquilo que diz respeito aos crimes que promovem e/ou sustentam as desigualdades sociais. (STRECK, L. L., 1999, citado por SBARDELOTTO, 2001, p. 85)

Entretanto, há de ser destacado que os resquícios de proteção individual-patrimonialista do Estado Liberal ainda recebem tratamento privilegiado, gerando um sistema penal desigual, ineficaz e seletivo, propiciador das classes favorecidas tanto no âmbito econômico quanto no político. A desigualdade social gerada pelo Direito penal vigente – e incompatível com os objetivos e fundamentos assentados na Constituição de 1988 – é percebida na ausência de respaldo aos bens realmente essenciais a toda população.

Entendimento compartilhado por Streck (2009, p. 41), ao referir que a Constituição de 1988, assumidamente compromissória, destinada a efetivar uma sociedade substancialmente igual,

não pode situar os bens jurídicos eleitos como merecedores de tutela penal em um âmbito individualista, mormente porque isso seria incompatível com os preceitos do texto constitucional. A partir dessa idéia (sic), os bens jurídicos não podem ser vistos apartados do todo constitucional, compreendidos pelos preceitos e princípios formadores do Estado Democrático de Direito.

Prado (2012) prossegue destacando a relação estreita entre o Direito Penal e o Direito Constitucional ao referir que estão dispostas, no texto da Lei fundamental, as raízes materiais dos bens jurídicos penais, responsáveis por tutelar os direitos fundamentais.

Luisi (1998), citado por Copetti (2000, p. 98) assegura que as Constituições

[...] não apenas são o repositório principal dos bens passíveis de criminalização, mas também contêm princípios relevantíssimos que modelam a vida da comunidade e que [...] constituem cláusulas pétreas, embaixadoras do sistema constitucional, insuscetíveis de serem revistas. E a presença destas cláusulas e dos direitos que elas consagram e delas derivam marcam limites que o legislador ordinário, principalmente em matéria penal, não pode transpor.

No caso da Carta de 1988, os direitos fundamentais individuais são considerados cláusulas pétreas por força do artigo 60, § 4º, inciso IV. Complementando o autor que a criminalização

[...] há de fazer-se tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da comunidade. E, embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não viole os princípios básicos da constituição. (LUIZI, 1998, citado por COPETTI, 2000, p. 99)

Na concepção de Machado (2010, p. 47, grifo original), os reflexos desses ideais alcançam a seara processual penal ao determinar que se efetive a valorização dos conceitos de liberdade e igualdade, procedendo a “[...] operacionalização de um processo que venha promover a consolidação da cidadania, funcionando como mecanismo de efetiva participação do cidadão da vida da *polis*”. Finalizando que a liberdade meramente formal e o não cumprimento dos objetivos sociais, jurídicos e políticos, jamais garantirão materialidade ao Estado Democrático de Direito.

Examinada a relação direta entre Direito penal e constitucional, verifica-se que o Código penal de 1940, embora tenha tido sua parte geral largamente reformulada pela Lei 7.209/84, está longe de embasar sozinho a função intervencionista do Direito penal, havendo a consequente necessidade de se recorrer aos preceitos constitucionais, sobremaneira aos princípios constitucionais penais e processuais penais, baseados diretamente nos direitos fundamentais respaldados na Lei Maior.

3 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

Partindo-se da premissa que o Direito penal é o meio de interferência mais incisivo do Estado, devendo ser acionado apenas como *ultima ratio*, ou seja, de forma subsidiária após a esgotada e fracassada utilização de outros setores jurídicos, faz-se necessário recorrer-se aos preceitos constitucionais como norteadores da aplicação e execução de uma penalidade. Sendo esta última destinada a punir uma conduta lesiva, previamente considerada como tal, contra um determinado bem jurídico.

É sabido que toda legislação hierarquicamente inferior deve ser compatível com a Constituição Federal. Nessa linha, deve-se utilizar dos chamados “princípios constitucionais” como guias orientadores capazes de conduzir a introdução e aplicação de todas as leis penais e processuais penais, visto que, caso não observados tornarão os atos praticados pelo Estado nulos por natureza, arbitrários ou omissivos. Ou seja, a Constituição funciona como uma espécie de filtro pelo qual toda a legislação infraconstitucional deve passar, a fim de buscar seus fundamentos de legitimidade.

Para compreender melhor, recorrer-se-á, em um primeiro momento, ao conceito do termo “princípio”, apontado por Nucci (2013b, p. 41) como “[...] a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo”. Aliando esse conceito ao mundo jurídico, o referido autor afirma, sem hesitar, que princípio é uma norma com conteúdo geral, abstrato e abrangente que serve de “[...] instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

É mediante a utilização dos princípios que se pode atingir diferentes situações inalcançáveis e não abrangidas apenas com o emprego da letra fria da lei. Nucci (2013b, p. 41) afirma, conseqüentemente, que princípios são “mandamentos de otimização” capazes de ampliar consideravelmente as situações limitadas e estritas previstas no ordenamento jurídico em vigor, aproximando a legislação ao contexto social vivenciado e evitando injustiças e demais situações que ponham em risco os objetivos norteadores do Estado Democrático de Direito.

Aliando esses conceitos e apontamentos ao Direito penal, Prado (2011, p. 156) afirma, repisando a importância de recorrer-se à Carta Constitucional e utilizá-la como pilar e pressuposto “técnico-jurídico”, que

os princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal. (Grifo original)

Na mesma linha, Masson (2010, p. 21) refere que no âmbito penal “os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos”. Conceituando-os, simultaneamente, como “valores fundamentais” capazes de irradiar seu mandamento/preceito nuclear a todo sistema jurídico, auxiliando na composição de seu real sentido e de sua correta compreensão.

Em regra, os princípios, por possuírem caráter amplo e direcionador, encontram-se assentados na Constituição Federal, não impedindo, todavia, que estejam dispostos em leis infraconstitucionais também. Devendo estes últimos atuar de forma agregadora e complementar dos primeiros. Oportuno salientar que no próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, §2º, decorre que o conteúdo ali disposto não é exaustivo e *numerus clausus*, visto que dispõe que

os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, www.planalto.gov.br)

Para finalizar, Canotilho (1995), citado por Nucci (2012, p. 71) leciona que “consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.

Dessa forma, havendo a coexistência dos princípios com a legislação vigente, é possível otimizar e integrar o sistema normativo, tornando-o mais uniforme e coerente e diminuindo eminentes dúvidas e conflitos, bem como servir de inspiração para o legislador ordinário.

3.1 Princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito

Em um primeiro momento, deve-se recorrer aos princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, considerados alicerces da

concretização dos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, cuja importância é destacada por Nucci (2013b, p.45), ao referir que

olhares especiais devem voltar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal. Afinal, respeitada a dignidade da pessoa humana, seja do ângulo do acusado, seja do prisma da vítima do crime, além de assegurada a fiel aplicação do devido processo legal, para a consideração de inocência ou culpa, está-se cumprindo, na parte penal e processual penal, o objetivo do Estado de Direito e, com ênfase, *democrático*. (Grifo original)

O conceito de dignidade da pessoa humana, por se tratar do núcleo central do Estado Democrático, é extremamente amplo e variável dentro da doutrina. Todavia, sua estreita relação com o Direito penal dá-se pelo fato de que todo ser humano deve ser considerado sujeito de direitos, e, conseqüentemente, respeitado como tal. Entre esses direitos, pode-se destacar o direito à vida, à segurança, à liberdade e outros, que ao serem reconhecidos e realizados, tornam-se garantias para se alcançar o almejado conceito de vida digna. Assim, a dignidade pode ser considerada fonte de todos os direitos fundamentais e principal critério norteador de interpretação e aplicação de todo ordenamento jurídico pátrio. Por consequência, em razão de seu caráter antecessor, a dignidade da pessoa humana vincula o legislador penal de forma absoluta, considerando inconstitucional qualquer lei que a viole.

Nos ensinamentos de Prado (2012), é ao lado do Cristianismo e estudos circundantes que se difundiu que o homem é o único ser vivo feito à imagem e semelhança de Deus e, em consequência dessa importância que o distingue dos demais seres vivos, todo ser humano é possuidor de direitos fundamentais e de dignidade. Para aprofundar seus apontamentos, o autor recorre à já elogiada obra de Beccaria, de onde é possível extrair que “não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa” (BECCARIA, 1764, citado por PRADO, 2012, p. 164), completando que

o homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. (PRADO, 2012, p. 164).

São essas prerrogativas indestrutíveis que tornaram essencial a atenção à dignidade humana, principalmente no âmbito penal, desde o término da Segunda

Guerra Mundial, quando tal princípio passou a ser reconhecido e positivado como um dos principais meios asseguradores do respeito às garantias e direitos fundamentais que “constituem escudos protetores contra abusos, excessos e medidas autoritárias ou padronizadoras” (NUCCI, 2013b, p. 89).

Sua importância, então, foi corroborada com a promulgação da Constituição garantista em 1988, que arrola o princípio como fundamento da República Federativa do Brasil já nos artigos iniciais, incumbindo ao Estado Democrático de Direito o dever de não apenas consagrar e garantir os repisados direitos fundamentais, mas, também, de proporcionar condições básicas para que os mesmos sejam alcançados e respeitados, compreendendo até a remoção de obstáculos para uma completa efetividade.

Há de se ressaltar que antes mesmo de ter sido positivada ou de ter sua importância destacada, a dignidade é um atributo ontológico e inerente do homem, ou seja, é um direito “de caráter prévio, predeterminado, ‘natural’, que corresponde igualmente a todos os homens, [...] indeclinável, indisponível e irrenunciável” não podendo ser dado ou adquirido (PRADO, 2012, p. 165, grifo original).

Resumidamente, a importância de tal princípio torna-o

como viga mestra, fundamental e peculiar ao Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite *mínimo vital* à intervenção jurídica. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade a *priori*, positivado jurídico-constitucionalmente (PRADO, 2012, p. 165, grifo original).

Com os escritos de Nucci (2013b, p. 45), acrescenta-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio governante cuja missão é “a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial”. E segue explicando que o princípio em comento possui dois prismas: o objetivo e o subjetivo. No que tange ao prisma objetivo, refere-se a um *mínimo existencial* consistente em disponibilizar ao ser humano, meios que supram suas necessidades essenciais e vitais, reconhecidas na Constituição como moradia, salário mínimo, alimentação, saúde, entre outros. Quanto ao prisma subjetivo, relaciona-se com a respeitabilidade e autoestima.

Nucci (2013b) também aponta a exteriorização e o desmembramento da dignidade da pessoa humana no Direito penal e processual penal por meio de inúmeros julgados expressivos de diferentes tribunais, bem como destaca, em outro

momento, que

o Processo Penal constitui o amálgama do Direito Penal, pois permite a aplicação justa das normas sancionadoras. A regulação dos conflitos sociais, por mais graves e incômodos, depende do respeito aos vários direitos e garantias essenciais à formação do cenário ideal para a punição equilibrada e consentânea com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, valorizando-se, acima de tudo, a dignidade humana. (NUCCI, 2012, p. 90, grifo original)

Ao lado da dignidade da pessoa humana, está o princípio do devido processo legal, cuja origem é remetida à *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra, do ano de 1215, que referia que nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento, expressando-se como uma proteção aos excessos reais durante o absolutismo monárquico (NUCCI, 2013b)

O referido autor destaca dois aspectos desse princípio: o lado substantivo e o lado procedimental, referentes ao Direito penal e ao processo penal, respectivamente (NUCCI, 2013b). Quanto ao lado substantivo e material encaixa-se no princípio da legalidade, suas ramificações e outros princípios, os quais serão abordadas em momento oportuno. Já no âmbito procedimental e processual

cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis por que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existenciais. (NUCCI, 2013b, p. 72).

Concluindo que a ação penal e, conseqüentemente, o processo como um todo, somente se encaixam no devido processo legal, caso todos os outros princípios que guiam o Direito penal e processual penal sejam igualmente respeitados desde a fase de investigação, tidos como

os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente. A comunhão entre os princípios penais (legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, proporcionalidade etc.) e os processuais penais (contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, publicidade etc.) torna efetivo e concreto o devido processo legal (NUCCI, 2013b, p. 73)

Realizados alguns apontamentos relevantes sobre os princípios eleitos como fundamentais para o alcance e efetivação do Estado Democrático, passa-se a discorrer sobre os princípios específicos ao âmbito penal e processual penal,

dispostos no ordenamento pátrio de forma explícita ou implícita.

3.2 Princípios constitucionais penais e processuais penais

É interessante frisar que todos os princípios estão ligados entre si e englobam, muitas vezes simultaneamente, inúmeras situações. Ainda, deve ser levado em conta que, entre os inúmeros doutrinadores, existem diferentes interpretações e entendimentos quanto à existência e relevância desses princípios. Assim, neste ponto, serão abordados aqueles que se entendem como primordiais para o deslinde do tema proposto. Em um primeiro momento, aqueles considerados *penais com enfoque processual penal*, seguidos pelos *processuais penais com enfoque penal*, conforme divisão baseada nos escritos de Guilherme de Souza Nucci.

3.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, considerado o princípio basilar do Direito penal, está explícito no artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Magna, que recepcionou o que dispõe o artigo 1º do Código Penal. Dentro da Constituição Federal, o princípio em questão está entre o rol das garantias e direitos fundamentais. Sendo ele, *ipsis litteris* “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, www.planalto.gov.br). A importância deste princípio é consolidada, ainda, por estar presente em tratados e declarações internacionais desde os auspícios do Iluminismo, ao lado dos ensinamentos de Beccaria.

É costumeiro pela doutrina atrelar a origem deste princípio à *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra, considerada por alguns como o primeiro esboço de uma Constituição, redigida na Inglaterra em 1215, cujo artigo 39 dispunha:

nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país (SCHMIDT, 2001, p. 136).

Posteriormente, o conteúdo nuclear do princípio da legalidade fixou-se da doutrina contratualista de Locke e Montesquieu, bem como nos ensinamentos do

filósofo Feuerbach, que cunhou a fórmula latina *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* e seus desmembramentos, criando raízes, ainda, em inúmeros documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), bem como se difundindo nos Códigos penais e Constituições democráticas a partir do século XVIII (MASSON, 2010).

O princípio da legalidade ou da reserva legal é um dos mais importantes veículos limitadores ao poder punitivo estatal, estando presente nas Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1946, 1967 e 1969 (SCHMIDT, 2001), podendo ser-lhe atribuído o título de “puramente garantista”. Nas palavras de Ferrajoli (2014, p. 93), “[...] ocupa um lugar central no sistema de garantias [...] exigindo que todas as outras atuem como condições necessárias da legalidade [...]”.

Essa limitação decorre de que para que seja configurada uma infração penal, bem como seja cominada uma sanção (pena ou medida de segurança), é necessária uma lei formal previamente aprovada pelo Congresso Nacional, respeitando a expressa proibição, constante no artigo 62 da Constituição Federal, de edição de medidas provisórias em matéria penal, especificamente quanto à edição de leis incriminadoras, em virtude da relevância dos bens em questão.

A legalidade, para Nucci (2013b, p. 96), faz nascer

[...] o direito humano fundamental de somente haver punição quando o Estado joga às claras, criando figuras delituosas antes de qualquer fato lesivo ocorrer, conferindo segurança a todos os membros da sociedade. Ademais, a sanção penal também não será desmedida e inédita, visto igualmente respeitar o conteúdo prévio da lei.

Ao vincular os Poderes Públicos ao cumprimento de leis precisas, as decisões do legislador limitam-se, afasta-se a possibilidade de ocorrência de arbitrariedades no exercício do *ius puniendi* e garante-se tratamento igual na lei em abstrato e em concreto, visando à proteção de valores como a liberdade, igualdade e segurança jurídica.

Nesse sentido, Masson (2010) complementa que o princípio da legalidade possui dois fundamentos: um de natureza jurídica e outro de natureza política. No que tange à sua natureza jurídica, o autor destaca como fundamento a

taxatividade, certeza ou determinação, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima, do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios

legais. (MASSON, 2010, p. 23)

Quanto ao fundamento político, deve-se considerar a proteção da sociedade ao ser assegurada contra a possibilidade de surgir leis incriminadoras sem o devido trâmite legislativo.

Para a maioria dos doutrinadores, o princípio da legalidade desmembra-se em outros subprincípios interligados: o da anterioridade e o da retroatividade da lei penal mais benéfica. O primeiro, como já ressaltado, destaca que a lei incriminadora deve ser anterior à conduta praticada pelo agente. Ou seja, tal conduta deveria ser considerada abstratamente como fato típico antes de se concretizar efetivamente, deixando o agente ciente do que é taxado como crime, bem como de qual sanção poder-lhe-á ser imposta, adquirindo a faculdade, conseqüentemente, de optar em cometê-lo ou não. Tal subprincípio, que se encontra no artigo 5º, XXXIX da Constituição, também se estende em relação à pena, que estará, de igual forma, previamente estipulada como privativa de liberdade – juntamente com sua cominação mínima e máxima -, restritiva de direitos ou pecuniária (NUCCI, 2013b).

O segundo subprincípio, está presente no artigo 2º do Código Penal vigente, que foi recepcionado pelo artigo 5º, XL, da Constituição. Nos dispositivos em questão, o legislador menciona que a lei penal poderá retroagir apenas quando auxiliar ou melhorar a situação do réu, possuindo aplicabilidade imediata por se tratar, de igual forma, de garantia do indivíduo contra o Estado. Assim, a lei mais benéfica retroage ao momento da infração e produz todos os seus efeitos como se já fosse vigente desde aquele momento.

3.2.2 Princípio da taxatividade

Corolário da anterioridade, o princípio da taxatividade orienta que as leis penais, sobretudo as de cunho incriminador, sejam claras, objetivas e precisas de modo a evitar ambigüidade e equívocos ante a possibilidade de diferentes entendimentos (DOTTI, 2013).

Além de guiar o legislador, a taxatividade proíbe a incriminação por meio do emprego do costume, bem como pela aplicação da analogia *in malam partem* (aplicando a lei mais rigorosa e piorando a situação do réu)

Há, ainda, por parte da maioria dos autores, rejeição quanto à criação de leis penais em branco, consideradas como tipos penais abertos em que “[...] a ilicitude

deve ser estabelecida pelo juiz, verificando se houve a transgressão das normas que a incriminação pressupõe” (DOTTI, 2013, p. 144). Ou seja, exige-se da lei penal que seja taxativa, que seu enunciado incriminador abranja todas as condutas que pretender ver punidas, não se admitindo a extensão interpretativa das incompletudes da norma penal, como ocorre com as normas em branco.

3.2.3 Princípio da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade

Considerando o crime como realidade inarredável, cumpre repisar que no momento que uma infração penal se concretiza “nasce” o direito de punir do Estado associado ao interesse da vítima e da sociedade como um todo. Assim, a intervenção estatal é desejável ao passo que se priorize e preserve a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual (NUCCI, 2013b). Nessa esteira, o Direito penal deve intervir de forma mínima na proteção dos bens jurídicos imprescindíveis e mais relevantes, eis que é considerado o meio mais violento e de maior interferência na sociedade. Da mesma forma, sua atuação deve se dar de forma subsidiária ou de *ultima ratio* (última hipótese), ou seja, apenas quando esgotadas e fracassadas todas as medidas e instrumentos extrapenais capazes de exercer o controle social.

É cediço constatar que, estando amparada por um Estado Democrático de Direito, a intervenção estatal deve ser mínima e necessária, eis que o povo é detentor da soberania.

Logo, pode-se concluir que caso determinadas medidas administrativas ou civis sejam suficientes para a tutela do bem jurídico em questão, não há motivo para se buscar no Direito penal sua proteção e, por conseguinte, a sujeição à aplicação de uma sanção. Nucci (2013b, p. 199, grifo original) conclui lecionando que

o eficiente equilíbrio entre *liberdade* e *punição penal*, modelado pela razoabilidade e pela proporcionalidade, constitui o demonstrativo eficaz de que se cultua e respeita o Estado Democrático de Direito, nos parâmetros delineados pelo art. 1º da Constituição Federal.

O princípio da subsidiariedade pode ser utilizado, ainda, como critério esclarecedor de um conflito aparente de normas penais, quando a presença de uma norma principal afasta a incidência de outras normas subsidiárias.

Quanto ao princípio da fragmentariedade, decorrente dos anteriormente

apontados, Nucci (2013a, p. 94, grifo original) finaliza que o termo fragmento “é apenas a parte de um todo, razão pela qual o Direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como *fragmentário*”, por conseguinte, deve restringir-se a atuação do Direito penal às condutas realmente lesivas e relevantes para a sociedade.

3.2.4 Princípio da insignificância

Incorporado ao Direito penal desde a década de 70, o princípio da insignificância atua, na prática, como causa de exclusão da tipicidade. Conforme o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, apontado por Masson (2010), para que o princípio possa ser aplicado, deve atender a requisitos objetivos e subjetivos. No tocante aos primeiros, destacam-se a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade da ação, a inexpressividade da lesão jurídica e o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento desempenhado pelo autor do fato. Quanto aos segundos, devem ser analisados conjuntamente com os requisitos objetivos a importância do objeto para a vítima, tanto no sentido econômico quanto sentimental, bem como as particularidades do delito para que se possa determinar, ainda que de forma indireta, se a lesão foi relevante ou não.

Do ponto de vista de Prado (2011, p. 182), o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin, “[...] é tratado pelas modernas teorias da imputação objetiva como critério para a determinação do injusto penal, isto é, como um instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados”

Associado ao princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima, o princípio da insignificância pode ser aplicado a qualquer fato criminoso que com ele seja compatível, excluindo-se aqueles que são praticados com o emprego de violência ou grave ameaça, eis que as consequências advindas nesses casos não podem ser consideradas insignificantes (MASSON, 2010).

3.2.5 Princípio da humanidade das penas

Explícito na Constituição Federal, o princípio da humanidade consiste na afirmação de que o suspeito ou condenado pela prática de um delito não perde sua condição humana durante a prisão nem as prerrogativas inerentes a essa condição. Para que isso se concretize, dispõe o artigo 5º:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, www.planalto.gov.br).

O conteúdo central do princípio consiste no respeito à pessoa humana detentora de direitos e garantias. Para se complementar esse conceito, torna-se imprescindível recorrer-se aos escritos da principal obra de Beccaria, considerada como marco na defesa da humanização das sanções penais, que condenava a utilização de penas cruéis e exclusivamente corporais visto que tinham caráter unicamente vingativo, além de serem, na maioria dos casos, totalmente desproporcionais com o fato praticado. Nessa linha, Prado pontua que

os arautos do pensamento iluminista advogavam a transformação do Estado, partindo de duas ideias fundamentais. De um lado, a afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana, e, de outro lado, a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato social, no qual, ao construir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um Direito Penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes (PRADO, 2012, p. 177).

O princípio pode ser considerado, ainda, como garantia e meio restritivo da lei, correlacionando-se com os princípios da culpabilidade e da igualdade e com leis infraconstitucionais como, por exemplo, a da punição da tortura (Lei 9.455/97) e a de execução penal (Lei 7.210/84).

Importante destacar que foi com base no princípio da humanidade, juntamente com outros de mesma importância, que o Supremo Tribunal Federal declarou como inconstitucional o cumprimento de pena, em regime integralmente fechado, imposto aos crimes hediondos e equiparados, fato que ensejou a atualização da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes hediondos), através da Lei 11.464/07 (MASSON, 2010).

3.2.6 Princípio da personalidade e individualização da pena

Conforme dispõe a Constituição em seu artigo 5º, inciso XLV, a pena não poderá passar da pessoa do condenado uma vez que a responsabilidade penal é sempre estritamente pessoal e nunca transmissível a terceiros, podendo ser

determinada em razão da participação como autor, instigador ou cúmplice, e/ou em razão do comportamento do agente criminoso.

É, também, no inciso XLVI que está disposto que a lei deve sempre regular a individualização da pena. Desses incisos decorre o princípio em questão, o qual obriga o magistrado a fixar a sanção mais adequada ao caso concreto. Caso seja a privativa de liberdade, deve quantificá-la de acordo com os limites mínimos e máximos disponíveis para o fato típico, bem como optar pelo regime mais adequado para o início de cumprimento da penalidade e dispor eventuais benefícios, devendo sempre existir “uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta” (PRADO, 2012, p. 172).

Todas essas orientações visam evitar a uniformização durante a fixação de uma pena, visto que cada *ser* possui sua individualidade, além de interesses e necessidades próprios, e isso deve ser sempre atentado pelo magistrado.

3.2.7 Princípio da proporcionalidade

Neste capítulo, a proporcionalidade será abordada de forma breve, essencialmente em sua acepção constitucional, uma vez que o princípio em comento será novamente abordado em momento oportuno, alcançando e complementando o desfecho do tema proposto.

No entendimento de Nucci (2013b, p. 249), “a proporcionalidade indica a harmonia e boa regulação de um sistema, abrangendo o Direito penal, particularmente, o campo das penas”. Ao passo que as sanções penais devem ser individualizadas de acordo com cada caso e cada indivíduo, devem também ser proporcionalmente impostas visando a dois objetivos apontados pelo mesmo autor: “a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime” (NUCCI, 2013b, P. 249).

Dotti (2013, p. 150, grifo original) acrescenta que a proporcionalidade

de um lado deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal ‘necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime’ (CP, art. 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito.

A proporcionalidade alcança e une-se a outros princípios como o da intervenção mínima e da individualização da pena para completar a premissa de que uma sanção penal aplicada de forma desproporcional em relação entre o delito e o dano causado, torna-se desumana e distante da realização de justiça.

3.2.8 Princípio da isonomia

A igualdade disposta no artigo 5º e já salientada neste trabalho irradia todos os ramos do ordenamento jurídico, mormente o Direito penal, onde a máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” possui amparo em quase todos dispositivos legais que objetivam particularizar as situações abstratas previstas nos códigos, aproximando-as da realidade de cada caso.

3.2.8 Princípio da culpabilidade

Trata-se de princípio implícito nos artigos iniciais da CF e, extraindo dos ensinamentos de Prado (2012, p. 166) conclui-se que “esse princípio reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. É postulado garantista essencial ao Estado Democrático de Direito”.

É possível dividir a culpabilidade em três sentidos: como elemento do crime ou pressuposto de aplicação de pena; como critério quantificador da pena e como princípio da responsabilidade subjetiva.

No que tange ao último sentido, a culpabilidade define que a responsabilidade no âmbito penal é subjetiva, ou seja, depende da existência de dolo ou culpa na conduta do agente. Devendo ser responsabilizado e punido apenas quem desejou causar o dano ou deixou de observar o dever de cuidado (culpa em sentido estrito). Por conseguinte, em razão dessa aceção, não é admitida a responsabilidade objetiva, solidária e subsidiária (MASSON, 2010).

3.2.10 Princípio da proteção exclusiva dos bens jurídicos

Como já repisado, um dos propósitos do Direito penal é a proteção dos bens jurídicos relevantes. Logo, não é de interesse nem dever do Estado a tutela de bens irrelevantes ou desnecessários para a vida em sociedade ou, ainda, de valores pessoais que poderiam configurar uma intervenção abusiva. Como ensinou Prado

(2003), citado por Dotti (2013, p. 146), “em um Estado Democrático e social de Direito, a tutela penal não pode ser dissociada do bem jurídico, sendo legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária”.

Nessa esteira, é inadmissível a punição de condutas que não lesionem os bens previamente tutelados, eis que

o nosso sistema jurídico está ancorado no modelo do crime como ofensa a bens jurídicos. A regra do art. 13 do CP, estabelecendo a relação de causalidade entre a conduta humana e o evento típico, é uma *guardiã fiel* do axioma segundo o qual a existência do crime depende de um *resultado*, ou seja, de um dano ou um perigo de dano a um bem tutelado pelo Direito Penal. (DOTTI, 2013, p. 147, grifo original)

Oportuno destacar que não se deve confundir bem jurídico com interesse jurídico, uma vez que o último é apenas o reflexo subjetivo da predisposição em mantê-lo resguardado.

3.2.11 Princípio da vedação da dupla imputação pelo mesmo fato

Também conhecido pela expressão latina *ne bis in idem*, esse princípio possui aplicação no âmbito material, processual e executório e deriva de dois princípios constitucionais: o da legalidade e da vedação da dupla instauração de processo pelo mesmo crime, estando o primeiro explícito na Constituição e o último presente na Convenção Americana dos Direitos Humanos, recepcionada por força do artigo 5º, § 2º do mesmo diploma (NUCCI, 2013b).

Vale ainda dizer, com base nos apontamentos de Prado (2011, p. 184) que o princípio “[...] constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Através dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante”. Sendo utilizado como base da aplicação das sanções nos casos de concurso de normas e concurso de crimes.

3.2.12 Princípio da presunção da inocência

Presente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e incorporado pela Constituição brasileira, estando prevista no artigo 5º, inciso LVII, a presunção da inocência é um princípio-garantia que visa, primordialmente, a manutenção do estado de inocência até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Para que se chegue até a condenação criminal, o ônus

da prova recai sobre o Estado-acusação que deve providenciar e reunir provas lícitas e contundentes para transformar meras evidências e suspeitas em uma condenação fundamentada (NUCCI, 2012).

Para Nucci (2012, p. 91, grifo original),

integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado. Reforça, ainda, o princípio penal da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente alcançará aquele que for efetivamente culpado. Finalmente, impede que as pessoas sejam obrigadas a se autoacusar, consagrando o direito ao silêncio.

Os referidos direitos de não se autoacusar e de permanecer em silêncio são consagrados pela expressão latina *nemo tenetur se detegere*, que se desdobra em tantos outros preceitos processuais, como o que determina que o ônus da prova cabe à acusação, que o silêncio não pode ser configurado como confissão ficta, que o autor do fato não é obrigado a submeter-se à perícia e/ou exames, bem como a participar da reconstituição do fato, culminando com a proibição de ser-lhe exigido comportamento capaz de lhe autoincriminar (NUCCI, 2012).

3.2.13 Princípio da ampla defesa e do contraditório

Estreitamente relacionado à dignidade da pessoa humana e ao estado natural de inocência do indivíduo, o princípio da ampla defesa atua como contrapeso ao aparato estatal que, atuando como acusação por meio de órgãos extremamente preparados e valendo-se de um conjunto probatório sólido, torna imprescindível a necessidade do réu, ora hipossuficiente, de defender-se da imputação que lhe é feita através dos mais variados e amplos meios.

Nucci (2012, p. 92) aponta que, através da ampla defesa, o réu adquire vários direitos exclusivos como o “[...] ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação – bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu [...]”.

A ampla defesa, ainda, divide-se em autodefesa e defesa técnica. Pela primeira, entende-se como aquela realizada pelo próprio acusado, quando indiciado ou preso em flagrante, momento em que pode valer-se do direito de permanecer em silêncio. Por conseguinte, a defesa técnica consiste naquela exercida por advogado devidamente habilitado (NUCCI, 2013b).

No tocante ao contraditório, que pode ser considerado como desdobramento do devido processo legal associado à ampla defesa, tem-se como a oportunidade dada a outra parte para que se manifeste em relação a algum ato processual. Assim entende Nucci (2013b, p. 341):

o contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse. Inexiste incentivo para contradizer um fato, com o qual se concorda, ou uma prova, com a qual se está de acordo. Logo, a abertura de chance para analisar e, querendo, contrariar já é suficiente exercício do contraditório [...].

Para que se possa dar ciência da situação gerada, pode ser realizada citação, intimação, notificação ou outro ato semelhante que permita atingir essa finalidade. Devendo atentar-se ao fato de que, como refere Nucci (2013b, p. 341), “[...] uma das partes finalizará o uso do contraditório. Não se pode validar o infinito método de contraposição de argumentos ou pedidos”. Ou seja, ainda que aparente sempre existir uma contraprova ou contra-argumento, essas interposições devem ser finitas para não macular a resolução do feito.

3.2.14 Princípio do duplo grau de jurisdição

O conformismo não é um comportamento comum ao ser humano, na maioria das vezes ao deparar-se com uma decisão negativa torna-se automático o sentimento de irresignação e de busca pela conversão do resultado naquilo que se almejava. Por efeito, o Direito, como ciência que acompanha sempre os rumos da sociedade, ao moldar-se de acordo com as necessidades humanas torna o princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que implicitamente, um dos princípios essenciais ao processo.

Para Nucci (2013b, p. 429),

a decisão judicial do juiz singular, a primeira a ser proferida no processo, haverá de gerar inconformismo em alguma das partes. A procedência, impondo a condenação, acarreta a irresignação do réu, fazendo valer seu desejo de recorrer a outra instância, de modo a ouvir, novamente, a análise da sua situação. A improcedência, externada pela absolvição, move o inconformismo do órgão acusatório, que, igualmente, pode recorrer para acalmar a sua ânsia pela reavaliação do caso. A procedência parcial pode colocar ambas partes em estado de irresignabilidade, provocando a reação ambivalente, com a interposição de dois recursos.

Com isso, de forma sintetizada, é viável concluir que a nova decisão obtida após a interposição e acolhimento (ou não) do recurso não necessariamente irá extinguir a irresignação, deixando o “perdedor” satisfeito, porém depois de realizadas análises do caso por diferentes magistrados, a decisão torna-se mais aceitável. Além do mais, o princípio pode ser empregado como meio de correção de eventuais erros presentes nos julgamentos (NUCCI, 2013b).

Importante referir que o princípio do duplo grau de jurisdição encontra barreiras em relação ao julgamento de pessoas que possuem foro por prerrogativa de função, cujo privilégio de terem suas sentenças de primeiro grau proferidas por um órgão colegiado, obsta a interposição de recurso a instância superior, visto que a mesma, no caso, não existe.

3.2.15 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas

A ética e a imparcialidade do Estado na persecução do devido processo legal proíbem as provas obtidas por meios ilícitos, eis que não carece de razão a condução de um processo judicial limitada por inúmeras garantias constitucionais, se o conjunto probatório obtido estivesse maculado pela ilicitude dos meios utilizados para a obtenção do mesmo. Ou seja, busca-se proibir a obtenção e o alcance, através de meios ilícitos, à prova, ainda que esta, por si só, seja idônea.

O princípio em questão está explícito no artigo 5º, LVI, da Constituição e, conforme os apontamentos de Nucci (2013b, p. 382, grifo original):

a idoneidade dos elementos fornecidos ao magistrado para a demonstração da autenticidade ou inverossimilhança das alegações produzidas pelas partes deve ser mantida, acima de qualquer outro interesse. O julgamento *justo* se perfaz na exata medida em que o juiz vale de provas sérias e escorreitas, sem vícios, mormente os de natureza criminosa. Cultuar o ilícito para apurar e punir o ilícito é um fomento ao contrassenso, logo, inadmissível no Estado Democrático de Direito.

Como exceção, deve-se ressaltar, em respeito à prevalência do interesse do réu, que caso a prova seja fundamental para a absolvição do acusado ela não pode ser desprezada. A relevância do estado de inocência do indivíduo e a busca pela concretização de justiça sobrepõem o interesse de manutenção da credibilidade e retidão dos atos processuais. Com isso, acrescenta Nucci (2013b, p. 383)

se a prova se forma em torno da culpa do réu, objetivando alterar seu

natural estado de inocência, obtida uma prova segura de sua não culpabilidade, embora advinda de meios ilícitos, deve-se utilizá-la, garantindo-se a harmonia maior dos princípios constitucionais. Apure-se e puna-se, se for o caso, o produtor da ilicitude, mas não se deve desprezar a prova da inocência, pois o fim maior do processo é a realização da justiça.

Por outro lado, provas produzidas por meios ilícitos sem o condão de inocentar o acusado, como a confissão obtida após a prática de tortura por agentes policiais, são descabidas e até criminosas.

4 O GARANTISMO PENAL E A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para se alcançar o ápice do tema proposto, realizar-se-ão breves comentários pertinentes acerca do garantismo e sua relevância jurídica no âmbito penal e processual penal. De pronto serão ressaltadas as principais características do livro *Direito e razão – teoria do garantismo penal*, escrito pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, cujos ensinamentos servirão de base e direção para os próximos itens.

Ainda que o termo “garantismo” seja utilizado como consequência do respaldo das chamadas “garantias” constitucionais, que vem se lapidando e evoluindo ao longo das mutações das formas de Estado e da criação de leis que torne esse respaldo necessário e obrigatório, gerando consequências em toda legislação vigente, sobretudo a criminal, no presente trabalho será exaltado o “garantismo” pelo sentido adquirido após os estudos de Ferrajoli, publicados em 1989.

Já no prefácio da obra em comento, Norberto Bobbio ressalta que os escritos são resultados dos estudos de história, filosofia e ética atrelados à experiência no exercício da magistratura do autor. Esses escritos demonstram a intenção de Ferrajoli em elaborar uma “teoria geral” que possa ir de encontro às formas arbitrárias do *ius puniendi* estatal, através de “vigas-mestras” capazes de tutelar o direito à liberdade do indivíduo (FERRAJOLI, 2014). Essas “vigas” são erguidas e sustentadas por meio da rígida obediência e respeito de todos os direitos fundamentais e seus desdobramentos.

A obra é dividida em cinco partes, sendo elas: epistemologia, axiologia, teoria, fenomenologia e teoria geral.

4.1 O conceito de garantismo penal segundo Ferrajoli

Para introduzir o tema, Ferrajoli destaca três acepções do termo “garantismo”. Como modelo normativo de direito, como teoria do direito e como filosofia política. A partir dessa divisão, Prado pontua que, quanto ao primeiro aspecto,

[...] é de se notar a origem da teoria garantista no campo penal como possível resposta à chamada *crise de legalidade*, diante da qual se passa a consignar como *garantista* um determinado modelo normativo de Direito compatível com a *estrita legalidade*, própria do Estado de Direito, que deve caracterizar-se pelo poder mínimo, o intuito de diminuição da violência e prevalência da liberdade e restrição da função punitiva do Estado. (PRADO,

2011, p. 129, grifo original)

Quanto ao segundo conceito, Prado (2011, p. 130) define que “[...] o garantismo distingue as categorias da validade e eficácia não apenas entre si, mas também em relação à vigência ou existência das normas”. Ou seja, consiste em uma teoria que abarca as divergências entre *ser* e *dever ser/normatividade* e *realidade* (PRADO, 2011).

Pelo último conceito, Prado (2011, p. 130, grifo original) entende que

[...] constitui uma filosofia política que pugna a legitimação do Estado e do Direito do ponto de vista exclusivamente externo da valoração do ordenamento: a proteção dos direitos e bens individuais. Aduz, portanto, em seu bojo, uma concepção instrumental ou *artificial* do Estado e do Direito, porquanto só o indivíduo e seus direitos desfrutam de uma concepção natural. Assim, tem-se o *contratualismo* como o instrumento mediante o qual é possível tutelar os direitos fundamentais, e só o modelo da democracia substancial – e não apenas formal – amolda-se a esse modelo de legitimação garantista.

Observa-se que em todos os conceitos está claramente estampada a importância de sempre recorrer-se aos preceitos constitucionais e respeitá-los. Por fim, oportuno ressaltar que, em que pese a incidência do garantismo no âmbito penal sofra maior destaque, suas três acepções podem ser encontradas e utilizadas em outras matérias.

4.2 O sistema garantista elaborado por Ferrajoli como limitador do *ius puniendi* estatal

Para justificar a importância da aplicação do sistema garantista, Ferrajoli estruturou os valores que entende por básicos a qualquer ordenamento jurídico através de dez axiomas fundamentais, quais sejam:

a) *Nulla poena sine crimine*; b) *Nullum crimen sine lege*; c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; d) *Nulla necessitas sine injuria*; e) *Nulla injuria sine actione*; f) *Nulla actio sine culpa*; g) *Nulla culpa sine iudicio*; h) *Nullum iudicium sine accusatione*; i) *Nulla accusatio sine probatione*, e j) *Nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Destes princípios axiológicos em latim, derivam-se os seguintes princípios-garantia:

a) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; b) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; c) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; d) princípio da

lesividade ou da ofensividade do evento; e) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; g) princípio da jurisdiccionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; h), princípio acusatório ou da separação entre o juiz e acusação; i) princípio do ônus da prova ou da verificação; e j) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Como já incansavelmente mencionado neste trabalho, todos os axiomas apontados por Ferrajoli foram concebidos ainda nos séculos XVII e XVIII e, no passar dos anos, foram incorporados aos mais diversos diplomas legais mundo afora, sobretudo nas Constituições, exercendo a função de princípios fundamentais e norteadores. Como repisado em outro momento, a Constituição brasileira de 1988 é reputada como “garantista” e “cidadã” justamente por frisar a importância de tais princípios, elencando-os de forma a irradiar sua carga valorativa a todo ordenamento jurídico, bem como deferindo-lhes aplicação imediata e obrigatória, caráter de cláusula pétrea e por possuir origem nos direitos humanos mundiais.

Entretanto, o que comumente se vê na doutrina e na jurisprudência é a aplicação e utilização do garantismo apenas sob a ótica “negativa”, no sentido do Estado restringir o exercício de seu poder punitivo em razão apenas do princípio-garantia da liberdade individual. Para isso, acaba se tornando omissivo ou agindo de forma deficiente em face de tantos outros indivíduos detentores de direitos igualmente relevantes e garantidos pela Constituição, o que poderia ser chamado de garantismo “hiperbólico-monocular”, termo que será abordado adiante.

Nesse sentido Marinho (2014, p. 39) aponta que

com relação aos fundamentos constitucionais do direito Penal a vasta maioria da doutrina vem desenvolvendo uma abordagem que prioriza ou enxerga com exclusividade a função limitadora ou de garantia negativa [...]. Assim, discorrem os autores geralmente sobre as limitações ao poder de punir conferido ao Estado, sem, contudo, preocuparem-se com a essencialidade deste poder de punir.

O emprego do termo “garantismo” de forma equivocada pode gerar uma consequente aplicação equivocada e em desacordo com os preceitos de sua teoria geral e em dissonância com o que prevê a Lei Maior.

4.3 O garantismo “hiperbólico-monocular”

Analisado e conceituado pelo Procurador da República Douglas Fischer, o garantismo “hiperbólico-monocular” consiste no respaldo de forma exagerada

apenas aos direitos fundamentais individuais, chamados também de primeira geração.

Fischer, de forma sucinta, aponta que hodiernamente encontram-se, na doutrina e jurisprudência, interpretações e aplicações equivocadas dos brilhantes ideais postulados por Ferrajoli, uma vez que demonstram “de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados” (FISCHER, 2016, www.revistadoutrina.trf4.jus.br), com isso a tutela se torna exagerada e guinada apenas para uma face, desse aspecto decorre a expressão que nomeia o presente item.

De início, Fischer refere novamente a relevância incontestada da difusão do conteúdo disposto na Constituição Federal para todos os mecanismos jurídicos, ao mencionar que

[...] para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há de se observar que os princípios elencados funcionam como guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente (FISCHER, 2010, p. 26)

Após 21 longos anos de vigor do regime autoritário da ditadura militar e o posterior processo de redemocratização do país acompanhado pela promulgação da Constituição Federal em 1988, surgiram novas referências sociais e jurídicas e com isso os doutrinadores passaram a manifestar-se em prol da instituição da doutrina garantista. Na visão destes, a Constituição-cidadã, ao adotar as garantias como direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, desarmonizava entendimentos jurisprudenciais e dispositivos legais até então consolidados e em vigor, tornando-os incompatíveis.

Nessa senda, Fischer destaca que o garantismo não é sinônimo de *legalismo*, concluindo que

ao tempo em que o investigado ou réu não pode ser mais visto como um objeto na instrução processual, e sim como um sujeito de direitos (referido aqui unicamente por esse prisma inicial do garantismo), a submissão do juiz à lei não mais é – como sempre foi pela visão positivista tradicional e ilustrada – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição (validade) vista como um todo (FISCHER, 2010, p. 28).

Ressaltando, mais adiante, que em uma primeira leitura é inegável que a teoria garantista de Ferrajoli é direcionada para a tutela dos direitos fundamentais de primeira geração, destinados à proteção do indivíduo. Entretanto, na visão de

Fischer, a obra de Ferrajoli não foi desenvolvida apenas para respaldar os direitos individuais. (FISCHER, 2010)

Esse entendimento é corroborado com os escritos de Marinho (2014, p. 42) ao referir que

[...] a versão do garantismo que se prega ainda majoritariamente no Brasil é uma versão unilateral, que enxerga o sistema de garantias constitucionais somente sob o seu aspecto limitador, deixando de lado o aspecto fundamentador e legitimador da intervenção penal em prol da defesa dos direitos fundamentais.

Concluindo que “trata-se, assim, de um “garantismo” meramente negativo e excessivamente individualista que sacrifica valores éticos indispensáveis ao convívio pacífico em sociedade, em nome do exercício de supostos ‘direitos’ [...]”. (MARINHO, 2014, p. 42)

É unânime o entendimento de que os direitos fundamentais dos acusados e réus são imprescindíveis para a busca da justiça através de um trâmite processual calcado por todos os princípios fundamentais constitucionais, todavia sob uma ótica integral e ampla, existem, simultaneamente às garantias dos réus, os direitos fundamentais das vítimas e da coletividade não praticante de crimes. Ou seja, é descabido ressaltar e preservar apenas a magnitude dos direitos individuais sob o manto da premissa de *proibição dos excessos*, uma vez que essa prática absenteísta do Estado pode configurar a falta de proteção suficiente ou ausência total de direitos igualmente fundamentais.

É inegável a existência de excessos por parte do Estado, sobretudo no âmbito da aplicação da lei penal, acompanhando outrora a transição dos Estados Liberal, Social até o advento do atual Estado Democrático, através da criação de leis obscuras, aplicação de penas cruéis em razão das condições pessoais do acusado e até julgamentos arbitrários e sem fundamentação. Todavia, frisa-se, o respaldo apenas das garantias individuais dos indivíduos infratores e a realização de uma conduta estatal dita “negativa”, no sentido de deixar de agir para não se tornar arbitrário, acaba tornando o Estado omissivo em relação à concretização dos demais direitos igualmente fundamentais, dissociando e afastando uma interpretação sistêmica da Lei Maior.

Nessa linha de raciocínio Marinho (2014, p. 39) afirma que

esta visão unilateral do sistema constitucional penal, contudo, padece de manifesta deficiência, justamente por enxergar a Constituição como um sistema que engloba exclusivamente garantias negativas, ou seja, cláusulas

limitadoras do poder de punir, sem cuidar das cláusulas que instituem este mesmo poder estatal.

E Fischer completa lecionando que

[...] não raro vemos hodiernamente um certo desvirtuamento dos integrais postulados garantistas, na medida em que a ênfase única continua recaindo exclusivamente sobre direitos fundamentais individuais (como se houvesse apenas a exigência de um não-fazer por parte do Estado como forma de garantir unicamente os direitos de primeira geração). (FISCHER, 2010, p. 30)

Seguindo sua crítica ao expor que, embora seja inegável a importância da aplicação do Direito penal de forma subsidiária e de *ultima ratio*, entrando em cena somente quando outras áreas do direito não foram suficientes ou falharam, existem entendimentos doutrinários e decisões judiciais utilizando o princípio em questão sem o analisar pormenorizadamente antes de realmente o aplicar ao caso, situação que

[...] acaba gerando verdadeira desproteção sistêmica. É dizer: sem racionalidade (para não dizer sem fundamentação), protegem-se exclusivamente direitos individuais fundamentais sem que se note (preferimos pensar assim, um equívoco no modo de compreensão da doutrina aplicada) uma desproporcionalidade em relação aos demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional (FISCHER, 2010, p. 32)

É com base nestes ditames e com o intuito de sempre utilizar a Carta Magna como norteadora de qualquer lei e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que será apresentado no próximo item o garantismo penal em sua forma integral.

4.4 O garantismo penal integral como um dos alicerces para a concretização do Estado Democrático de Direito

Como já explicitado, para compensar e impedir que apenas o garantismo negativo seja efetivado, realizando uma aplicação em desacordo com os mandamentos constitucionais, surge a necessidade da aplicação do garantismo positivo.

Em atenção ao conceito de proporcionalidade, igualmente tutelado pela Constituição, deve existir por parte do Estado o respaldo dos chamados direitos imperativos de tutela. Nessa esteira refere Feldens (2012, p. 88, grifo original) que

[...] a dogmática constitucional, reconhecendo os direitos fundamentais como *princípios objetivos* da ordem jurídico-constitucional, agregou-lhes, à tradicional concepção de *direitos de defesa*, a função de *imperativos de tutela*. Essa característica manifesta-se na dedução de *deveres de proteção*, consistente na necessidade de intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais. Mirados sob essa perspectiva, os direitos fundamentais legitimam até mesmo restrições aos direitos individuais, limitando o conteúdo e o alcance desses direitos em favor da própria liberdade de ação dos indivíduos ou de outros bens constitucionalmente valiosos.

Essa conduta “positiva” vai de encontro à prática atual de atentar-se apenas aos direitos fundamentais de primeira geração, fazendo com que o Estado limite-se e abstenha-se de aplicar integralmente os direitos considerados fundamentais. Em que pese em outro momento a priorização do não-fazer estatal fosse necessária para suavizar e extinguir a intervenção abusiva.

A razão dessa nova ótica do garantismo surge do duplo viés do princípio da proporcionalidade. Com isso, assim como existe a face negativa, consubstanciada na abstenção do Estado no intuito de preservar os direitos de primeira geração, existe – e deve existir como contrapeso – a perspectiva positiva relacionada ao dever de agir estatal para tutelar os bens jurídicos relevantes para toda a sociedade.

4.5 O princípio da proporcionalidade em matéria penal

Para se conceituar o princípio da proporcionalidade foi imperioso realizar uma prévia abordagem da evolução estatal juntamente com a importância dos princípios fundamentais norteadores do sistema jurídico.

Inicialmente, sua importância destacou-se no direito administrativo como desmembramento do princípio da legalidade, atuando como balizador do desvio de atuação do poder executivo em relação à finalidade das leis vigentes ou quando essa atuação não estivesse em consonância com os direitos fundamentais (STRECK, M., 2009). Atualmente, ainda surtindo os efeitos da Segunda Guerra mundial em relação aos direitos fundamentais, vigora a ideia de que a Constituição sempre deve servir como embasamento do poder estatal, sobremaneira do poder punitivo.

Nesse sentido, Streck, M. (2009, p. 65) avalia que

o princípio da proporcionalidade tem sua principal área de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites – máximos e mínimos – de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins

buscados pelo Estado Democrático de Direito. Essa característica se mostra mais visível quando falamos no Direito Penal, uma vez que, responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, esse ramo do direito deverá zelar, ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades – estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais.

Streck repisa que não deve ser objeto do Direito Penal a tutela de bens jurídicos irrelevantes para a sociedade, entretanto destaca que se deve buscar “uma necessária e proporcional proteção àqueles direitos com transcendência individual e social, previstos na norma fundamental” (STRECK, M., 2009, p. 67). Nessa linha, é interessante analisar todas as facetas e consequências da intervenção punitiva do Estado, através do conceito amplo do princípio da proporcionalidade que o subdivide em: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (STRECK, M., 2009).

No que concerne à aplicação desses subprincípios, Prado (2011, p. 173) conclui que

uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.

Schmidt (2001, p. 275, grifo original), de forma resumida, aponta que o princípio da proporcionalidade pode ser conceituado como o “vínculo constitucional capaz de limitar os *fins* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que tal finalidade seja alcançada”.

E segue referindo que, especificamente, o conceito de adequação impõe que qualquer conduta estatal deve ter um objetivo e uma razão respaldados exclusivamente pela Constituição – afrontando o que acontecia nos estados absolutistas, onde predominava a vontade do governante. Já do conceito do subprincípio da necessidade, depreende-se que a medida eleita não pode “exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja” (SCHMIDT, 2001, p. 275), devendo ser escolhida à medida que cumpra sua finalidade ao mesmo tempo que seja considerada a menos nociva, em consonância com a aplicação subsidiária e de *ultima ratio* do Direito penal.

Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, Streck, M. (2009, p. 68) conceitua que este

indicará se a medida adotada gera mais benefícios do que prejuízos, levando em conta o conjunto de direitos e bens colocados em jogo, de

modo a verificar, por um lado, a intensidade da restrição a um direito fundamental e, em oposição, o nível de satisfação na realização de outro direito fundamental (que acaba restringindo a implementação do primeiro).

Streck condensa inúmeros conceitos dos princípios em comento oriundos de escritos dos mais variados autores e conclui que

a Constituição não deve ser vista de modo unilateral, preocupada unicamente com a defesa do indivíduo, mas também com a defesa dos direitos fundamentais de toda uma sociedade, até porque estamos sob a égide de um novo paradigma constitucional (STRECK, M., 2009, p. 73).

O referido paradigma refere-se à premissa do presente trabalho: a necessidade de utilizar-se do que está disposto na Lei Maior – efetivamente – como mandamento fundamental. Sobremaneira, a necessidade de guiar o direito penal e processual penal através do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos.

Compartilhando desses mesmos ideais, Lênio Luiz Streck leciona que

[...] 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. (STRECK, L., 2005, grifo original, www.livepublish.iob.com.br)

Lênio Streck, ainda, aponta o mau uso do controle difuso de constitucionalidade pelos magistrados brasileiros, inclusive como ferramenta útil de aplicação da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente nos casos concretos.

4.5.1 O princípio da proibição dos excessos

Com esses apontamentos, percebe-se que o princípio da proporcionalidade vai além de sua aplicação como forma de verificação de compatibilidade entre pena e delito praticado. Essa é apenas umas de suas funções, com igual relevância, cujas origens remetem-se aos ideais iluministas de Beccaria, que já almejavam a busca de uma sanção necessária, mínima e proporcional ao fato delituoso.

Em um primeiro momento, a proporcionalidade era aplicada exclusivamente

como forma de balizar e minimizar a intervenção estatal arbitrária. Indo adiante, fulcrado na relevância e amplitude do princípio, Streck, M. (2009) pontua que por muito tempo a proporcionalidade era vista apenas nesse sentido negativo, servindo de proteção para o indivíduo contra o Estado-inimigo.

Nesse sentido, a proibição dos excessos torna-se importante em três diferentes formas referentes à penalização.

Em primeiro lugar, uma determinada figura delitiva, como tal, em sua extensão, pode afetar a proibição de excesso; em segundo, o marco penal abstrato não está em harmonia com a matéria do injusto delimitada no tipo legal; por último, o excesso pode advir das decisões proferidas pelos aplicadores do direito. (STRECK, M., 2009, p. 89)

Com isso, a estreita conexão entre o Direito penal e o Direito constitucional mostra-se óbvia, mormente no que diz respeito aos limites que o Estado deve respeitar durante o exercício do poder punitivo para que não relegue os direitos pertencentes a todos os envolvidos, direta e indiretamente, em um conflito penal. (STRECK, M., 2009)

Dessa íntima conexão resulta a relevância da conceituação de bem jurídico, cuja proteção deriva de um princípio negativo e balizador do Direito penal, extraíndo-se a ideia de que os direitos fundamentais atuam como direitos de defesa, concluindo-se que se busca “[...] extrair da lei toda a cominação penal que não diga respeito a colocar em perigo um bem jurídico.” (STRECK, M., 2009, p. 90). Reforçando que “[...] o valor de um bem jurídico contribuirá diretamente para a determinação dos limites de legitimação da intervenção Estatal na liberdade de atuação da sociedade”. (STRECK, M., 2009, p. 90)

Pensamento compartilhado pelo Desembargador Ingo Sarlet ao destacar que

[...] a discussão em torno das funções e limites do direito penal num Estado Democrático de Direito passa inquestionavelmente por uma reavaliação da concepção de bem jurídico e o seu devido redimensionamento à luz da nossa realidade (fática e normativa) constitucional (que é a de uma Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social, convém lembrar), o que, por sua vez, nos remete à problemática dos deveres de proteção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e aos contornos possíveis de uma teoria garantista (e, portanto, afinada com as exigências da proporcionalidade) do Estado, da Constituição e do Direito Penal. (SARLET, 2005, www.livepublish.iob.com.br)

Trazendo à tona o conceito de Constituição compromissória e dirigente e unindo-o à teoria do garantismo penal, de onde se complementa que

[...] a técnica de legitimação interna própria do Direito penal consiste em vinculações ou imperativos negativos que prescrevem ao legislador e/ou ao juiz quando e como *não* punir, *não* proibir, *não* julgar, tais como os princípios relativos à inviolabilidade de certos direitos e liberdades fundamentais, a igualdade dos cidadãos e o respeito à pessoa, e, por outro lado, todos os formulados no nosso sistema garantista (SG), que excluem a pena na ausência das condições requeridas por ele. (FERRAJOLI, 2014, p. 334, grifo original)

Ferrajoli segue lecionando que dessas limitações derivam-se as garantias com a finalidade de tutelar valores como a liberdade e a igualdade (FERRAJOLI, 2014). Valores que, em razão de sua relevância foram “transformados” em bens jurídicos.

4.5.2 O princípio da vedação da proteção deficiente/insuficiente

Consolidado o Estado Democrático e Social de Direito a preocupação maior deve – ou ao menos deveria – ser com a tutela dos direitos sociais que emergiram ainda no século XX, uma vez que a postura não interventora do Estado passou a ser insuficiente ou omissa frente aos direitos básicos e fundamentais.

A atuação estatal deixa de ser temida pelos indivíduos detentores de direitos que por vezes se sentiam ameaçados dessa função limitadora, passando a ser fomentadora e aliada desses direitos, agindo no sentido de reconhecê-los e promovê-los a todos os indivíduos. Nesse caminho, Lênio Streck (2011), citado por Marinho (2014, p. 46) refere que

[...] a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é o único inimigo! Dito de outro modo, como muito bem assinala Roxin, comentando as finalidades correspondentes ao Estado de Direito ao Estado Social em Liszt, o Direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime.

E segue atingindo o ápice da dualidade debatida neste trabalho...

Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmensurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo. (STRECK, L., 2011, citado por MARINHO, 2014, p. 46)

Essa linha de pensamento encontra guarida nos estudos de inúmeros doutrinadores, concluindo-se que proteger os indivíduos dos abusos de terceiros é, inegavelmente, uma das funções mais importantes da atual forma de Estado.

Quando se invoca a função negativa dos direitos fundamentais, surgem verdadeiros direitos de defesa – dos indivíduos –, limitadores da atuação estatal em face dos bens fundamentais. Já no tocante à função positiva, ao ser esta invocada, reveste os direitos fundamentais do caráter de deveres de proteção e imperativos de tutela, os quais carecem da intervenção do Estado de forma preventiva ou repressiva. (MARINHO, 2014)

Com isso, conclui Feldens (2012, p. 164, grifo original)

[...] na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (civis, administrativas, penais etc.). A proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma *omissão*, total ou parcial – vulnera um direito fundamental.

Após exemplificar o emprego do princípio da vedação da proteção insuficiente nos tribunais alemães, cuja relevância dos julgados ultrapassou as fronteiras do continente europeu, Maria Luiza Streck aponta que a conceituação dessa vertente positiva do princípio da proporcionalidade ainda não é constante na doutrina, tornando necessário recorrer-se sempre à face negativa, cujos mandamentos abrangem também a proibição da proteção deficiente. Reforçando, ainda, a importância de se recorrer sempre à Constituição, essencialmente para a construção dos chamados “mandados de penalização”.

Devemos a partir de uma análise sistemática do ordenamento jurídico que embarque a Constituição em toda sua materialidade, quando então nos deparamos com duas premissas inarredáveis, sendo a segunda decorrente da primeira: (a) *A Constituição prevê a existência de um sistema de Direito penal [...]* (b) dessa exigência constitucional decorre a necessidade de estabelecer-se, a partir dos valores constitucionalmente consagrados, uma *relação de coerência interna ou orgânica a nortear o ordenamento jurídico-penal*, o que implicaria a necessidade de desenvolver mecanismos que tendam a diagnosticar e a *afastar tanto um excesso, quanto uma insuficiência de proteção* a determinados bens jurídicos. (FELDENS, 2007, citado por STRECK, M., 2009, p. 105, grifo original).

Os referidos mandados de tutela penal aparecem no texto constitucional de forma explícita ou implícita. Quanto à primeira, despontam as situações elencadas

nos incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º, onde está disposto, por exemplo, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, www.planalto.gov.br). Ou seja, observando esses mandados é possível concluir que “[...] ademais de legitimar a atividade do legislador penal, em determinados casos a Constituição exige sua intervenção por meio de normas que designamos *mandados constitucionais de tutela penal* (criminalização)”. (FELDENS, 2007, p. 73, grifo original).

Com isso, utilizando como exemplo o inciso XLI do artigo 5º, da CF, acima apontado, extrai-se que a própria Lei fundamental, como forma de evitar a incidência da proteção deficiente, exige a criminalização das condutas que resultam lesões contra os direitos e liberdades fundamentais. Ou seja, mais uma vez o Direito penal encontra fundamento normativo na Constituição.

Nessa esteira, Feldens conclui que

[...] o legislador haveria de transitar entre um limite máximo (*Übermassverbot*) e um limite mínimo (*Untermassverbot*) na conferência de proteção normativa a um direito (ou valor) fundamental, encontrando-se vinculado não apenas a disposições constitucionais expressas nesse sentido, senão que também haveria de submeter-se a limitações implícitas, as quais poderiam, em hipóteses extremas, requerer o recurso a normas penais. (FELDENS, 2007, p. 89, grifo original)

Desse modo, é possível concluir que para conceituar o princípio da proibição da proteção deficiente é inevitável recorrer-se à teoria do bem jurídico, pois ambos atuam de forma a limitar a atuação do Estado, sobretudo o legislador, no âmbito penal através do exercício do *ius puniendi*, requisitando-lhe uma conduta positiva. Como acompanha Streck, M., (2009, p. 106):

Em suma, a ideia de proibição de proteção deficiente invocará sempre, e inevitavelmente, o conceito de bem jurídico, pois será na necessidade do dever de proteção constitucional que o legislador ficará obrigado a atuar de uma forma positiva. [...] Portanto, bem jurídico já não é, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a simples proteção contra os poderes estatais; bem jurídico também é/será o modo de proteção através do Estado.

Dessas premissas deve-se extrair que, com a evolução do Estado, a atuação do mesmo deve moldar-se à realidade vivenciada. Diante de um Estado Democrático e, sobretudo, Social – ao menos com o intento de ser -, torna-se necessária uma postura positiva e ativa para promover todos os direitos

fundamentais previstos, deixando de atuar apenas de forma limitadora, otimizando e concatenando os textos constitucionais e infraconstitucionais e garantindo a proteção eficaz de todos os bens jurídicos.

5 CONCLUSÃO

É nos bancos da academia que se aprende que o direito não pode ser lido em tiras. Por essa premissa entende-se que a Constituição deve servir de mandamento fundamental para todos os dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais, ao mesmo tempo, por consequência óbvia, em que esses mecanismos devem estar sempre de acordo com o que preceitua a Constituição.

Essa leitura sistemática e abrangente torna-se imprescindível para que não ocorram interpretações desatualizadas, tendenciosas e em desacordo com os pilares da atual forma democrática de Estado, devendo-se utilizar como base para essa interpretação os princípios fundamentais explícitos e implícitos.

O atual regime democrático é decorrente dos 21 anos sombrios regidos pela ditadura militar, momento em que inúmeros direitos fundamentais foram relegados e até suprimidos por completo para que prevalecessem os comandos militares sob o manto argumento de estarem respaldados pelo princípio da legalidade, ao mesmo tempo em que iam de encontro aos direitos humanos mundiais, deixando a maior parte da população brasileira carente de garantias fundamentais e exposta a práticas abusivas como a tortura e prisões injustificadas.

Com a redemocratização do Estado, acompanhada pela promulgação da Constituição de 1988, alguns direitos fundamentais relegados e suprimidos durante o período ditatorial, ressurgiram, devolvendo à República Federativa do Brasil o dever de tutela efetiva dos direitos humanos mundiais, efetivando a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, tendência seguida por diversos países após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial.

Em que pese a dificuldade de definir “vida digna” em conceitos concretos, bem como de apontar situações em que se é alcançada, a dignidade da pessoa humana é peça fundamental para o Estado Democrático e Social, devendo seu conteúdo irradiar-se a todos os princípios fundamentais dispostos na Lei Maior como direitos e garantias fundamentais.

Com isso, depara-se com uma função norteadora dos princípios constitucionais tornando-os essenciais para a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais.

Sobretudo no campo do direito penal e processual penal, cujo caráter violento de intervenção na vida do indivíduo deve surgir de forma subsidiária e mínima, deve-se recorrer sempre à aplicação da principiologia para se alcançar a missão de

proteção dos bens jurídicos essenciais, como a vida e a liberdade.

Entretanto, concretizar uma proteção substancial a esses bens jurídicos não é tarefa simples. Sobretudo quando se depara com uma sociedade assolada pela carência material de investimento dos recursos públicos em políticas de manutenção e valorização dos profissionais das áreas mais recorridas pela população – saúde, educação e segurança -. Estes últimos, coincidentemente, possuem *status* de direitos fundamentais sociais e carecem do mesmo respaldo e suprimento estatal que os considerados direitos individuais.

Ocorre que, atualmente presencia-se um destaque eufórico apenas dos direitos individuais através de – ainda que soe contraditória – uma conduta absenteísta, deixando de exercer seu poder punitivo por força de princípios limitadores. Ou seja, depara-se com uma exaltação do direito à liberdade como único e fundamental direito, essencialmente quando este direito é detido pelos indivíduos praticantes de crimes, tanto os ainda suspeitos quanto os já processados e julgados.

Ora, em nenhum momento está se desejando que os princípios com função limitadora sejam aniquilados ou até criticando-os, repisa-se que outrora foram balizas essenciais para deter os abusos e excessos responsáveis por concretizar um Direito penal e processual penal de intervenção máxima e arbitrário.

Todavia, ao passo que se tenta legitimar e conquistar uma sociedade digna e fraterna deve se ter em mente que para tal o Estado não pode sempre (e apenas) abster-se de punir alguém por considerar que a liberdade desse indivíduo deve prevalecer sobre qualquer outro direito, inclusive sobre os direitos das vítimas lesadas pelo fato delituoso praticado. O Estado *deve* promover e prezar pela concretização dos direitos sociais, obviamente, destinados a toda população, além de atentar-se para o fato de que, na maioria das vezes, a única liberdade suprimida é a do cidadão de bem e/ou vítima, que por incansáveis vezes sofre as consequências decorrentes do absenteísmo estatal, mormente no tocante à impunidade.

Desse pensamento origina-se a dualidade-base do desenvolvimento do trabalho: o princípio da proibição dos excessos *versus* o princípio da vedação da proteção deficiente enquanto bases para a aplicação integral do garantismo penal, capaz de efetivar todos os direitos fundamentais de forma ponderada e substancial ao mesmo tempo.

No momento que o “não-agir” estatal deixa de promover a tutela de direitos

fundamentais à população como um todo, não mais se justifica o emprego do princípio da proibição dos excessos, pois essa ausência de respaldo suprime não somente direitos, mas valores básicos de uma sociedade, o que torna a crença na concretização da justiça algo utópico e cada vez mais distante.

Com isso, emerge a necessidade de aplicação do garantismo penal integral, consubstanciado pela dupla face do princípio constitucional da proporcionalidade. Dessa nova ótica garantista se extrairia, então, uma leitura e interpretação fiel do que está disposto na Constituição Federal. Balizando os excessos e a intervenção abusiva, mas, sobretudo, proporcionando, em todos os campos de atuação estatal, os alicerces para o reconhecimento e proteção efetiva dos direitos sociais e transindividuais, principalmente durante o exercício do poder punitivo, o qual não deve deparar-se com inúmeras barreiras (des)penalizadoras capazes de descaracterizar a essência funcional do Direito penal: a proteção dos bens jurídicos.

Para tanto, é imperioso reformular o contexto atual do Estado Democrático e Social de Direito de forma a respeitar efetivamente os preceitos constitucionais compromissórios e dirigentes, alcançando-se a materialização dos termos “Democrático” e “Social”.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alexandre. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> Acesso em: 07 maio 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 maio 2016.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 08 maio 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html>> Acesso em: 22 maio 2016.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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: 15 nov. 2016.

_____. O que é garantismo penal (integral)? In: _____. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 25-48

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINHO, A. A.; FREITAS, A. G. T. *Manual de Direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Princípios Constitucionais penais e processuais penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>> Acesso em: 19 maio 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias: estudos de direito público e teoria política*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o Direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 98, jul. 2005. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1aaa7/1aafb/1ad91?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS98PG105> Acesso em: 19 nov. 2016.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio 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, Porto Alegre, n. 97, mar. 2005. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1b5ae/1b601/1bb53?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS97PG171> Acesso em: 19 nov. 2016.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, R. E.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito penal brasileiro – parte*

geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.