

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DE UM MODELO DE GARANTISMO UNIVERSAL

Michael Schneider Flach*

Resumo: O estudo examina a dupla face entre os direitos de defesa, os deveres de proteção e de como se relacionam com os direitos fundamentais, levando em conta o viés bifrontal do princípio da proporcionalidade, que se manifesta tanto na proibição de excesso por parte do Estado (com o ônus de abstenção), como em vedação da proteção deficiente (enquanto deveres positivos e prescricionais dos Poderes Públicos em favor da tutela de direitos dos seus cidadãos). A clássica visão do *Garantismo Penal* é abordada a partir dos ensinamentos do ilustre jurista italiano Luigi Ferrajoli. Contudo, realiza-se um exame mais profundo para propor uma novel teoria de *Garantismo Universal*, o qual não deve ser visto apenas como direitos de defesa em face dos acusados, mas também sob o prisma dos deveres de proteção, os quais devem se manifestar em favor de toda a sociedade. Por fim, verifica-se o emprego dos instrumentos penais na exata medida nos quais devem desempenhar a tutela dos direitos fundamentais dos membros comunitários, mas, ao mesmo tempo, sem que venham a incorrer em desproporções em face dos acusados.

Palavras-chave: Garantismo Universal. Princípio da Proporcionalidade. Direitos Fundamentais. Direito e Processo Penal. Tutela Constitucional.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos de defesa. 3. Deveres de proteção. 4. Do emprego dos meios penais. 5. Breves considerações sobre a teoria do garantismo penal. 6. Ensaio sobre uma teoria de *garantismo universal*. 7. Considerações finais. Referências.

* Promotor de Justiça. Pós-doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre e Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Pesquisador da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal Contemporâneo (Unisinos). Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Ambiental Nacional e Internacional da UFRGS. Professor do Curso Preparatório às Carreiras Jurídicas e da Pós-graduação da FMP. Diretor da Revista do Ministério Público do RS. Sócio-Fundador do Instituto Eduardo Correa (IEDC – Ciências Criminais, Direito Constitucional e Filosofia do Direito, América e Europa). *E-mail:* micaflach@gmail.com

Consideraciones en torno a un modelo de garantía universal

Resumem: El estudio examina la doble vertiente entre derechos de defensa, deberes de protección y su relación con los derechos fundamentales, teniendo en cuenta el sesgo bifrontal del principio de proporcionalidad, que se manifiesta tanto en la prohibición del exceso por parte del estado (con la carga de la abstención), así como prohibir la protección deficiente (como deberes positivos y útiles de las autoridades públicas en favor de la protección de los derechos de sus ciudadanos). Se aborda la visión clásica del *Garantizaismo Penal* a partir de las enseñanzas del ilustre jurista italiano Luigi Ferrajoli. Sin embargo, se realiza un examen más profundo para proponer una nueva teoría de la *Garantía Universal*, que no debe ser vista sólo como derechos de defensa frente al imputado, sino también desde la perspectiva de los deberes de protección, que deben manifestarse en beneficio de toda la sociedad. Finalmente, está el uso de instrumentos penales en la medida exacta en que deben proteger los derechos fundamentales de los comunitarios, pero al mismo tiempo sin incurrir en desproporciones de cara al imputado.

Palabras-clave: Garantía Universal. Principio de Proporcionalidad. Derechos Fundamentales. Derecho y Procedimiento Penal. Protección Constitucional.

Sumario: 1. Introducción. 2. Derechos de defensa. 3. Deberes de protección. 4. Sobre el uso de medios penales. 5. Breves consideraciones sobre la Teoría del Garantismo. 6. Ensayo de una Teoría del Garantismo Universal. 7. Consideraciones finales. Referencias.

1 Introdução

A nova ordem Constitucional pós 1998 reconhece o país como um *Estado Democrático de Direito*, criando para este a obrigação de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, num contexto de harmonia social, ordem e a busca da solução das controvérsias. Enumera dentre os *princípios* fundamentais da nossa República a cidadania e a dignidade da pessoa humana; e dentro dos *objetivos* a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a prevalência dos direitos humanos no âmbito local e internacional.

Para tanto, firma o postulado máximo da igualdade de todos os cidadãos, sem qualquer tipo de distinção, comprometendo-se a garantir “o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Assegurando que todos são iguais em *direitos e obrigações*, bem como que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. De tal modo que formata os *direitos, deveres e garantias fundamentais* da sociedade.

Contudo, a questão a indagar é se realmente o nosso sistema penal está adimplindo o ônus constitucional que lhe foi outorgado, no sentido de propiciar a igualdade máxima, permitir que os direitos de defesa sejam exercidos na sua plenitude, bem como assegurar os deveres de proteção, enquanto uma equivalente obrigação da qual o Estado não pode se escusar?

Será que após os períodos de obscurantismo e não democracia pelos quais passamos desde a nossa consolidação republicana, com percalços e um longo período até o correto reconhecimento dos direitos dos acusados em geral, o sistema encontrou o devido espaço para também contemplar às vítimas de crime? E, mais do que isto, assegurar um necessário quadro de proteção para a sociedade, de modo a não permitir também a violação das garantias fundamentais do seu corpo social?

Neste breve ensaio pretendemos nos deparar com estas questões, e explorar um pouco a dimensão do chamado “Garantismo”, instituído pelo célebre jurista italiano Luigi Ferrajoli. De modo a replicar a importância deste e da sua precisa recepção pelo sistema constitucional pátrio, cuja permanência desejamos seja perene e infinita. Mas, para mais além, pretendemos também falar daquilo que ora denominamos de “Garantismo Universal”, no sentido de que o sistema não enxergue apenas os acusados, mas para que esta justiça cega e imparcial possa de algum modo lançar os seus outros sentidos sobre a vítima. E para que o nosso ordenamento, como um todo, consiga perceber a importância de zelar pela sociedade em geral, sem que o reconhecimento dos direitos de uma categoria implique prejuízo e erosão para a outra. Ou seja, pretendemos um sistema harmônico e ponderado que logre atingir o encargo constitucional que lhe foi incumbido.

2 Direitos de defesa

Conforme a concepção clássica de matriz liberal-burguesa, num primeiro plano os direitos fundamentais constituem-se em direitos de defesa do cidadão contra as ingerências do Estado em face da sua vida, liberdade e patrimônio. A partir disso, na função de defesa os direitos fundamentais objetivam limitar o poder estatal, garantindo ao indivíduo um patamar de liberdade, bem como “outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas” e eliminar agressões que esteja a sofrer no âmbito dos seus direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.¹

Desta forma, no plano defensivo, os direitos fundamentais são voltados a proteger o indivíduo contra as intervenções dos Poderes Públicos, como direitos de defesa do cidadão em face do Estado. O que gera um dever de abstenção de parte dos poderes públicos e uma obrigação de respeitar determinados interesses individuais, de forma a omitir-se da prática de ingerências indevidas e a intervir na esfera pessoal de liberdade do cidadão “apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições”.²

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 186, citando Starck, Jarass-Pieroth e Bleckmann e Manssen.

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 433-442.

Nota-se, porém, que a função de defesa dos direitos fundamentais não importa a plena exclusão do Estado nesta relação, mas uma formalização e uma limitação do seu poder interventor, vinculando o âmbito de ingerências dos poderes públicos a dadas condições e pressupostos de índole material e procedimental. De modo a não implicar, meramente, a vedação interventiva na esfera de liberdade pessoal, e, sim, bloquear as condutas ameaçadoras e agressivas que estejam desconformes com a Constituição.³

Assim, para Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva. No plano objetivo, constituem-se em “normas de competência negativas para os poderes públicos”, de maneira a proibir “as ingerências destes na esfera jurídico-individual”. E no patamar subjetivo, implicam “o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva)” e exigir omissões do Estado para “evitar agressões lesivas por parte” deste (liberdade negativa).⁴

Nesse lastro, na categoria de defesa os direitos fundamentais operam como limitadores do uso abusivo do poder público, de forma a garantir ao indivíduo uma tutela especial contra as ingerências externas, notadamente as do Estado. Mas não apenas isto, pois também se projetam frente aos particulares, para que se abstenham de atos que possam perturbar o exercício de comportamentos permitidos. De onde, possibilitam ao cidadão um relativo arbítrio nas suas condutas, desde que tal zona de liberdade não importe a violação de outros direitos protegidos.

Para tanto, os direitos de defesa assumem identificação com os “fundamentais da primeira dimensão, integrados pelos tradicionais direitos de liberdade e igualdade”. Abrangem ainda “as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger”, contra as ingerências indevidas dos entes públicos e privados, assegurando a personalidade e a autonomia do indivíduo, nos limites e na forma da lei.⁵

Conforme Alexy os direitos de defesa podem ser divididos em três grupos: “direitos a que o Estado não impeça” ou dificulte “determinadas ações do titular”; direitos a que “o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito”, e “direitos a que o Estado não elimine” certas “*posições jurídicas* do titular do direito”.⁶

O primeiro grupo consiste no direito ao não embaraço de ações, no sentido de que o Estado não impeça, dificulte ou represente algum obstáculo indevido

³ DREIER, Horst, 1994, p. 506, *apud* SARLET, *op. cit.*, *A Eficácia [...]*, 2008, p. 186.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 408.

⁵ SARLET, *op. cit.*, *A Eficácia [...]*, 2008, p. 187, inclusive com amparo no escólio de Stern.

⁶ ALEXY, *op. cit.*, p. 196, grifos no original. O autor apresenta a estrutura do que denomina de “direitos a algo”, nos quais estão os “direitos a ações negativas (direitos de defesa)” e a “ações positivas”.

a tais atos, como no caso de manifestações lícitas de opinião, de credo ou de expressão artística. Aqui, quando algum ente estatal for o responsável pelo ato perturbador, a não violação do direito fundamental assume a característica de direito de defesa puro, impondo ao causador do obstáculo um dever de não impedir o comportamento permitido. Contudo, como tais impedimentos inclusive podem ser praticados por particulares, nesta hipótese ao direito de defesa alia-se um dever prestacional por parte do Estado, para que o entrave seja proibido, removido e o direito fundamental possa ser exercido licitamente.⁷

O outro direito consiste na não afetação de certas características e situações do titular do direito fundamental por parte do Estado, que podem ser exemplificadas no direito à inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações (art. 5º, XI e XII CF), como o impedimento de que uma situação *jus fundamental* reconhecida seja afetada.

O terceiro grupo de direitos de defesa como “ações estatais negativas” é o dos “direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”. Aqui, tomando como base a necessidade de conformação pelo legislador ordinário do direito fundamental insculpido na Constituição, este grupo representa uma posição de defesa, no sentido de que a norma válida, correspondente a um direito, não sofra um ato estatal que a prejudique, de modo a descaracterizar ou a eliminar tal direito (posição).⁸

Todavia, importa observar que, nos casos em que é exigível o não impedimento de condutas e a não afetação de situações do titular, pode ser necessária a chamada “prestação negativa”, não como um direito de proteção direta, mas como complemento ao de defesa. Pois, no plano subjetivo, este implica tanto a liberdade positiva de exercer certos direitos, como a negativa de exigir a omissão de atos que sejam prejudiciais.

Ocorre que embora da leitura dos direitos fundamentais desponte uma função de primazia defensiva, a qual assegura ao indivíduo uma ampla margem de liberdade e de autodeterminação, verifica-se que tal liberdade roga a presença de certos pressupostos onde a fruição efetiva dos direitos de defesa pode conectar-se a dadas prestações, cuja incidência indireta nem por isso confunde a função de defesa com a de proteção.⁹

Em tais situações, o dever de abstenção de atos que embarcem ou afetem os citados direitos fundamentais é um autêntico “direito de defesa”. Ao

⁷ ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 196.

⁸ ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 199.

⁹ NEUNER, Jörg. *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. revista e ampliada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), 2006, p. 259. Aqui, expomos que a prestação negativa não incide só sobre o “não impedimento” (como direitos ao exercício e ao não embaraço de condutas). Mas também sobre os direitos a “não afetação”, para garantir a manutenção e a ausência de ataques às situações que estas representam.

qual, de modo indireto, ademais corresponderá um determinado âmbito de proteção, para que não seja frustrado o seu devido exercício e nem afetada a fruição das garantias que lhe são inerentes. Tudo de modo a cumprir na íntegra a sua função original defensiva, e sem que isso altere esta sua característica. Já que aqui, tal modalidade protetiva é instituída por um direito de igual conteúdo ao que comina que o Estado ou o particular não venham a impedir, nem afetar o gozo do respectivo direito.

Nesse lastro, é interessante referir a teoria dos quatro status de Jellinek, para a qual Alexy apresenta uma elaboração, onde o “status negativo em sentido amplo – que extrapola a sistemática de Jellinek – diz respeito aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa), que protegem o status negativo em sentido estrito” (este apenas quanto às “liberdades jurídicas não protegidas”). Já “ao status positivo em sentido estrito pertencem somente direitos a ações positivas”. Enquanto que, ao positivo em “sentido amplo, pertencem direitos tanto a ações positivas quanto a ações negativas”. Ou seja, os direitos que são acrescentados ao “status negativo em sentido estrito, para que se possa convertê-lo em um status negativo em sentido amplo (direitos de defesa), são uma subespécie dos direitos do status positivo em sentido amplo”.¹⁰

Por sua vez, Battis e Guzy entendem que, como na sua condição de defesa os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade do cidadão contra interferências estatais ilegítimas, a violação de tal preceito gera uma correspondente pretensão do indivíduo em face do Estado, consistente em abstenção, revogação e anulação.¹¹

Entretanto, salienta-se que na classificação dos direitos fundamentais os direitos de “defesa” e de “proteção” pertencem a categorias diferentes. Sendo que o ponto em comum é apenas a natureza dos bens protegidos e as pretensões que em ambos são dirigidas ao Estado. Mas com a crucial diferença que no direito de defesa a ameaça é estatal, e no de proteção é de terceiros, de modo que aqui incumbirá ao poder público defender o cidadão do ataque ilícito.¹²

¹⁰ ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 267 (grifos no original). Sobre a teoria dos status de Jellinek, v. p. 254-275.

¹¹ BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, 1999, p. 236, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3. Aqui, os autores acrescentam as pretensões de “consideração”, e “defesa” contra terceiros. Já FREITAS, L. F. Calil. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63-69, explica que ao “direito a não obstaculização de um ato corresponde à proibição de atos que configurem” embaraço. E que “a proteção que esse estabelece é do tipo proteção negativa.”. Pois as normas fundamentais “expressamente permissivas constituem” as chamadas “liberdades protegidas”, as quais “correspondem às ações incluídas no âmbito de proteção daquelas.”

¹² FLACH, Michael Schneider; CIBILS, Patrícia Maldaner. Direitos de defesa, deveres de proteção, ponderação constitucional e direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 85, p. 132-152, jan./jun. 2019, p. 138.

Afinal, na sua função de defesa “os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo, por exemplo, ingerências indevidas na esfera dos bens jurídico-fundamentais”. Ao passo que, no desempenho da função ligada aos deveres de proteção, como imperativos de tutela, “as normas de direitos fundamentais implicam – em primeira linha – deveres de atuação positiva do Estado”, em cujo desempenho é autorizado e obrigado a agir preventiva ou repressivamente.¹³

3 Deveres de proteção

Da evolução do Estado de Direito sob a figura do Contrato Social, decorre que este não pode ser visto apenas como um instrumento de mediação das relações entre o cidadão e o poder público, mas que tal pacto também é válido em face dos membros da sociedade, na medida em que todos tem o dever de respeitar os direitos dos demais. Afinal, por vivermos em comunidade, o direito de um requer, por parte dos outros, condutas compatíveis com seu exercício, fazendo com que o Estado tenha a obrigação não apenas de respeitar os direitos fundamentais como também de garanti-los.

Considerando-se que os direitos, as liberdades e as garantias reúnem direitos de conteúdo diferente, de estrutura variável e passíveis de formas diversas de serem realizados, para a sua concretização não é exigível apenas uma conduta de abstenção por parte do Estado, mas também ações em nível prestacional. Inclusive em face de certas liberdades nas quais a ausência de prestações positivas poderiam inviabilizá-las, tendo em vista que seu livre exercício também roga condições de segurança mínima.¹⁴

Na sua versão mais conhecida, os direitos fundamentais estão voltados a resguardar o indivíduo contra as intervenções dos poderes públicos, como direitos de defesa do cidadão frente ao Estado, devendo este abster-se de agir contra aquele. Porém, em favor do indivíduo incide ainda um direito a uma ação estatal positiva, o qual, em termos prestacionais, engloba obrigações variadas, incluindo as de proteção do sujeito contra condutas de outros cidadãos, mesmo que por meio de normas sancionadoras,¹⁵ sejam estas administrativas ou de teor criminal.

Assim, de um lado, se a função primeira dos direitos fundamentais é defender o cidadão perante as ingerências do poder público; de outro também milita em favor daquele um direito de proteção. Sendo que este impõe ao Estado o

¹³ SARLET, *op. cit.*, 2008, p. 217-219.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1998, p. 100-102.

¹⁵ ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 442.

dever de tutelar os direitos fundamentais dos titulares, diante de eventuais agressões alheias; como no caso do direito à vida, o qual o Estado está obrigado a proteger de forma eficiente.¹⁶

Nesse norte, diante do dever geral de efetivar os direitos fundamentais, ao ente estatal incumbe zelar pela sua proteção, o que desencadeia a obrigação de adotar medidas positivas para garantir e tutelar a fruição destes direitos de forma eficaz. De modo a disponibilizar os meios materiais adequados e “implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais”.¹⁷

Tal categoria é a dos direitos fundamentais à prestação, os quais garantem a liberdade tanto perante o Estado, como por intermédio dele, seja de ataques públicos ou privados, partindo do fato de que a conquista e a manutenção das liberdades cidadãs “dependem em muito de uma postura ativa dos poderes públicos”. Assim, o ônus estatal reside tanto em se abster de intervenções indevidas na área de liberdade do indivíduo como em realizar ações objetivando garantir e proteger os direitos fundamentais.¹⁸

A partir disso, os direitos fundamentais passam a emanar um duplo comando, que, de um lado, firma resistência sob a forma de proibições de intervenção, e, de outro, requer proteção, sob pena de insuficiência. Nesta face, incidem os imperativos de tutela a serem exercidos pelo Estado em favor do cidadão, os quais podem ser decompostos em deveres de: proibição (proibir certa conduta), segurança (proteger o indivíduo contra ataques alheios por meio de dadas medidas) e evitar riscos (prevenção e proteção).¹⁹

Conforme Alexy, todo o direito à ação positiva do Estado assume a forma de um direito de prestação, nos quais se incluem desde a tutela do indivíduo contra os seus pares por meio das leis penais, passam pelas normas de organização e procedimento, e englobam as prestações sociais específicas de bens e serviços. Aqui, os direitos a prestações em sentido amplo são por ele divididos em três grupos: direitos à proteção, direitos à organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito.²⁰

Desta forma, os *direitos de prestação em sentido amplo* são dotados de uma pretensão “prima facie” dirigida para que os poderes públicos desenvolvam meios e cumpram deveres de atuação destinados a garantir a fruição efetiva das liberdades (proteção em sentido estrito); a dispor de procedimentos e de or-

¹⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, 2003, p. 408-409.

¹⁷ SARLET, *op. cit.*, *A Eficácia [...]*, 2008, p. 204 e 210.

¹⁸ SARLET, *op. cit.*, *A Eficácia [...]*, 2008, p. 204 e 210, remetendo à lição de Pieroth e Schlink.

¹⁹ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke, 1996, p. 35-36, *apud* MENDES, *op. cit.*, 2007, p. 12.

²⁰ ALEXY, *op. cit.*, p. 442-444.

ganização institucional para que o Estado tutele adequadamente os direitos fundamentais (direitos à organização e procedimento), e a prover os mecanismos sociais indispensáveis ao exercício de tais direitos e a satisfação das necessidades básicas (direitos sociais).²¹

Explica Alexy que os direitos de tal natureza podem ser considerados como prestacionais apenas quando “se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional”, devendo ser diferenciados dos direitos subjetivos sem gabarito constitucional e dos que, tendo este nível, não outorguem direitos subjetivos, assumindo o caráter de objetivo. Aqui, “enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva” deste em favor daquele, o qual “tem a competência de exigir judicialmente esse direito”.²²

Com efeito, adverte Grimm que o dever de proteção não se confunde com os direitos sociais e prestacionais de segunda geração. Mas, sim, é um direito de primeira geração, ligado às liberdades tradicionais e individuais na sua dimensão horizontal, e que se constitui numa outra face dos direitos fundamentais. Sendo que estes, em verdade, não assumem apenas o polo negativo de proteção das liberdades pessoais em face do Estado, mas também representam o dever de tutelar o indivíduo diante de outros agentes e formas de ataques.²³

No presente artigo estamos analisando os deveres de proteção a partir de conceitos como os de Alexy, que os qualifica como sendo os que detêm o “titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”, diante das mais diversas formas de perigo e lesão aos respectivos bens jurídicos, o que deverá ser realizado de modo compatível e eficiente, inclusive por meio de normas criminais.²⁴

Na espécie, este autor alemão considera os direitos à proteção como “direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas do Estado”, para “demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia”, além da “exigibilidade e a realização” desses limites. Tal nexos ocorre num processo de configuração e aplicação estatal, para cuja análise correta também devem ser considerados os problemas conexos relacionados “à existência, à estrutura e à justiciabilidade desses direitos”.²⁵

²¹ BERNAL PULIDO. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 3. ed. 2007, p. 806-807.

²² ALEXY, *op. cit.*, p. 445.

²³ GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 156-157.

²⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 450-406.

²⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 450-451, acrescentando que tal “é uma das tarefas clássicas da ordem jurídica”.

Para tanto, com o fim de realizar os direitos à proteção, entre as ações positivas que o legislador deve desempenhar as “fáticas” podem ser exemplificadas na figura de medidas de direito administrativo, ou mesmo ações ligadas à segurança pública. Já as ações “normativas” consistem na elaboração de normas, como as de caráter penal voltadas para a tutela eficaz dos direitos fundamentais e para a criminalização dos atentados contra eles.²⁶

Contudo, assinala Novais sobre a aceitação de duas formas de integrar o dever estatal de proteção. Uma, como obrigação correspondente de um “eventual direito subjetivo, em sentido lato, dos particulares à proteção ou à segurança”. A outra, como “consequência jurídica dos conteúdos objetivos positivos dos direitos fundamentais ou da sua natureza de decisões objetivas de valor”, posição esta a qual ele se filia.²⁷

A tal respeito, Alexy informa que a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha “não é muito clara em relação à alternativa direito subjetivo ou (mera) norma objetiva”, e que, embora a citada Corte prefira “formulações e construções objetivas”, também são “percebidas indicações claras no sentido de uma interpretação subjetiva”. De modo que, no âmbito da jurisprudência deste Tribunal estrangeiro, é possível afirmar “que o problema da subjetivação dos deveres de proteção ainda está em aberto”.²⁸

Da mesma forma, Dieter Grimm observa “uma tendência geral de ‘subjetivar’ os elementos objetivos dos direitos fundamentais”, o que tem sido realizado pela Corte Constitucional alemã em relação aos direitos de proteção. Isto significa que o “indivíduo cujo interesse constitucionalmente protegido pode vir a ser violado por terceiros tem uma pretensão contra o Estado caso as leis existentes não o protejam de forma suficiente”. Então, aqui o legislador que se queda omissivo nas situações em que deveria agir, viola tanto o direito constitucional objetivo como o individual do cidadão.²⁹

Neste particular, entende Robert Alexy que apenas a “subjetivação dos deveres de proteção faz justiça ‘ao sentido original e permanente dos direitos fundamentais’ como direitos individuais”, sendo que tal subjetivação pode ser justificada “por meio da natureza principiológica dos direitos fundamentais”. A vantagem principal deste viés é “que o reconhecimento de direitos subjetivos implica um maior grau de realização que o simples estabelecimento de um dever objetivo”, pois uma mera “proibição objetiva de intervenção significaria

²⁶ ALEXY, *op. cit.*, p. 202.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 86-87.

²⁸ ALEXY, *op. cit.*, p. 452-453.

²⁹ GRIMM, *op. cit.*, p. 163.

menos que um direito subjetivo de conteúdo similar”. De modo que a faceta objetiva seria um reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos.³⁰

Por sua vez, Jorge Reis Novais considera que a “dedução de deveres concretos de atuação estatal, designadamente por força do encargo constitucional de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças ou ataques providos de terceiros”, é uma decorrência da dimensão objetiva de tais direitos, a partir da sua inserção comunitária. Assim, adviria daqui a obrigação estatal de “velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das atividades por ele tipicamente protegidas”, seja por entes públicos ou por terceiros.³¹

Para este autor luso, em resultando dos conteúdos jurídico-objetivos positivos o dever de proteção, o Estado está obrigado a uma atuação normativa ou fática “tendente a garantir os bens e as atividades protegidas dos direitos fundamentais” contra ataques. Aqui, o dever de proteção pode ser traduzido “numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica”, onde, nela e por via dela, “os direitos fundamentais estejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efetivação”.³²

Por tal concepção, da face objetiva dos direitos fundamentais é que resultariam as diretrizes sobre o dever de proteção e o ônus estatal de garantir um padrão mínimo de tutela, que se não observados redundariam em violar a proibição constitucional de atuação deficiente. Diante da qual estão vinculados os poderes públicos com vistas a propiciar condições mínimas para o resguardo e o exercício dos direitos fundamentais.

De onde, conforme Böckenförde, “o dever de proteção pode constituir o conceito central da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais”, nos quais estes produzem efeitos de promoção e proteção, gerando ao Estado o dever de propiciar condições objetivas mínimas para o exercício dos mesmos.³³ Não apenas na via material, mas também por meio de prestações normativas,

³⁰ ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 452-456. Mas, explica que em certas decisões o Tribunal fala apenas em “dever do Estado, e não em direitos do indivíduo à proteção” (Schleyer: BVerfGE 46, 160 [164-165]), ou apresenta distinção entre direitos fundamentais e “deveres jurídico-objetivos de proteção, que podem ser derivados da ordem de direitos fundamentais” (Kalkar: BVerfGE 49, 89 (140)), demonstrando uma tendência objetiva. Mas sobre a “subjetivação do dever de proteção” na decisão Mülheim-Karlich tal é “inevitável, pois esse caso dizia respeito a uma reclamação constitucional que só pode se basear em uma violação de direitos”.

³¹ NOVAIS, *op. cit.*, p. 86-87. Ainda, entende que a maioria da doutrina adere à posição objetiva, enquanto que, na de direito subjetivo, “o dever de proteção integrar-se-ia na vertente negativa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, como conjunto de deveres impostos ao Estado por tais normas fundamentais.

³² NOVAIS, *op. cit.*, p. 76-77, 82-83 e 88-89, acrescentando que tal atuação também pode ser judicial.

³³ BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, 1990, p. 12, *apud* NOVAIS, *op. cit.*, 2003, p. 89.

no sentido de possibilitar um padrão mínimo que garanta o efetivo exercício das liberdades lícitas dos cidadãos, bem como as condições para a concretização e observância das garantias constitucionais fundamentais.³⁴

Nesse sentido, Hesse explica que, dentro da ordem constitucional, o especial significado dos direitos fundamentais gera a correspondente aspiração de proteger e conservar a sua eficácia, obrigando o Estado a fazer o possível para a sua realização. Em decorrência, daí abstrai-se que dos direitos fundamentais resulta diretamente um “dever estatal de preservar um bem jurídico, protegido por eles, de violações e ameaças antijurídicas” de pessoas ou poderes, não só por omissões, mas também por ações.³⁵

Quanto à celeuma na qual “até que ponto ao dever de proteção objetiva do Estado corresponde um direito subjetivo do cidadão no sentido de uma pretensão individual processável”, esgrima Hesse que “tal pretensão pressupõe que ela se deixe desenvolver com precisão suficiente do direito objetivo”. O que, em regra, gerará para o Estado o dever de agir, sem que ele esteja vinculado ao modo “como” tal ação será realizada, salvo quando o seu espaço de conformação estiver reduzido a zero.³⁶

Para tais situações, entende Vieira de Andrade que só se deve aceitar um direito subjetivo à proteção, correspondente a tal dever estatal, “quando se trate de uma atuação pública que seja indispensável à realização ou à salvaguarda de um determinado direito subjetivo”, no seu aspecto nuclear e na proporção do seu relevo.³⁷

De qualquer forma, a dimensão dupla dos direitos fundamentais exige não só uma abstenção estatal, mas também uma ação positiva, e que, como imperativo de tutela, seja capaz de proporcionar a proteção efetiva que se espera e se necessita de um autêntico Estado de Direito. Sendo ônus do Poder Público “recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”.³⁸

³⁴ FLACH, Michael Schneider; CIBILS, Patrícia Maldaner. Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Constitucional. *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, n. 22, Caxias do Sul, jun., 2019.

³⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 264-278.

³⁶ HESSE, *op. cit.*, p. 280-281. Ver HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 156. Ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³⁸ MACHADO, João Batista, 1983, p. 59, *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 434.

Portanto, como o Estado encontra-se obrigado por uma norma fundamental a proteger de forma eficaz um bem jurídico especialmente importante, com frequência será inevitável que as liberdades dos demais detentores de direitos fundamentais sejam atingidas por tais meios protetivos. Afinal, é dever de aquele zelar pela dignidade da pessoa e dos valores a ela inerentes, nem que para tanto, por vezes, tenha de restringir certas liberdades, justamente para que os outros possam usufruir da devida liberdade.³⁹

4 Do emprego dos meios penais

Diante do examinado, cumpre esquadrihar o devido manejo dos instrumentos de ordem penal, enquanto mecanismos que garantam uma proteção eficiente de determinados bens jurídicos fundamentais, ao mesmo tempo em que não violem a proibição do excesso, de modo que o Estado consiga compatibilizar o cumprimento dos direitos de defesa e dos imperativos de tutela, atento à dimensão dupla dos direitos fundamentais e adimplindo a sua função sem inconstitucionalidades, a fim de que o princípio da proporcionalidade seja preservado nas suas duas arestas.

É no Direito que a sociedade encontra a garantia das condições necessárias à coexistência social, definidas e asseguradas pelas suas normas que formam a ordem jurídica, em torno do qual o indivíduo e a comunidade irão se pautar. Aqui, o fato que se apresentar contrário a tais normas será um ilícito jurídico, o qual em dadas condições e nas suas formas mais graves de ameaça ou lesão a certos bens será um ilícito penal, o que demandará a atuação mais severa do Estado, expressada na sanção criminal.⁴⁰

Não se trata, porém, de um meio ao livre arbítrio do poder público, mas de uma medida extrema, de uso rigorosamente delimitado e bem definido, em favor da proteção dos bens jurídicos essenciais para as condições individuais e coletivas, como a vida. Afinal, ocorre que, diante da sua fundamental valia, tais objetos rogam a tutela legal, o que em certas circunstâncias deverá ser realizado por via do Direito Penal. Isso porque, encontra-se ele inserido num “sistema jurídico de dupla face, que protege a sociedade contra a agressão do indi-

³⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999, p. 203. Nesta linha é a decisão da corte suprema da Alemanha, BVerfGE 39, 1, de 25 de fevereiro de 1975, *apud* SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. In: MARTINS, Leonardo (Org.). *Coletânea Original*. Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 271.

⁴⁰ BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 25.

víduo”, e resguarda este contra eventuais excessos do Estado no desempenho da sua função preventiva e repressiva ao ilícito penal.⁴¹

Assim, a missão do Direito Penal pode ser sintetizada pelo atributo de proteger a convivência humana em sociedade, dentro de um sistema jurídico ordenado, prevendo normas de obrigatoriedade geral e sanções para o seu descumprimento, as quais, em condições específicas, serão desempenhadas pela lei penal. Porém, tal fórmula só deve ser aplicada quando as outras revelarem-se impróprias para proteger o cidadão da violência ilegítima, de modo a tutelar os bens e valores mais importantes, restringindo a liberdade dos indivíduos na exata medida em que tal seja necessária para seus fins.

Dessa maneira, ao combater as fortes arbitrariedades e não abusar de tal método, o Direito Penal não apenas limita a liberdade, mas também a cria e garante, atuando num juízo de proporcionalidade. O que Jescheck traduz expressando que as infrações graves não podem ser minimizadas por uma benevolência infundada, ao mesmo tempo em que tal não pode conduzir ao rigor excessivo, de modo que ao autor do ilícito seja imposta apenas as restrições dos objetos que mereça, de acordo com a sua conduta.⁴²

Portanto, na medida em que num Estado Democrático de Direito a vingança privada fora abolida, os ataques injustos são reprováveis e os bens jurídicos devem ser tutelados, é daí que o Direito Penal retira sua legitimidade. Atuando de forma preventiva e repressiva em face das situações nas quais apenas a sanção criminal seja capaz de garantir a paz jurídica, a tutela dos bens mais preciosos e a liberdade dos cidadãos.⁴³

Nesse contexto, o manuseio do Direito Penal advém da necessidade de garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade visando ao bem comum. Pois sem a incidência de tais condições, a sociedade viveria em situação de insegurança prejudicial ao seu desenvolvimento e a dos seus cidadãos. Os quais almejam uma ordenação protetiva e pacificadora, esperando que o Estado assegure a inviolabilidade da sua esfera de autonomia em face de qualquer intromissão arbitrária, ainda que pela sanção.

Assim, não pode o Estado simplesmente contemplar a quebra do Direito, não exercendo o seu poder, deixando de garantir a proteção de uma convivência pacífica entre seus cidadãos e renunciando à segurança jurídica do ordenamento. Diante do que, deverá agir em favor da tutela dos bens jurídicos dos integrantes do corpo social, por via de um sistema que comine proibições e sanções

⁴¹ BRUNO, *op. cit.* p. 26-33.

⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, v. 1, Tradução e adição do direito espanhol: Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981. p. 3-5.

⁴³ JESCHECK, *op. cit.*, p. 6-10; e PARIONA ARANA, Raúl. El Derecho Penal “Moderno”: Sobre la Necesaria Legitimidad de Las Intervenciones Penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, p. 126-127, set./out. 2007.

frente aos perigos e danos contra tais bens. O que será exercido pelo Direito Penal em determinadas situações, já que ele também está vinculado a prescrições e a limitações, na medida em que a legalidade é um ônus imposto pelo Estado tanto aos indivíduos como a si próprio.

Em decorrência, por força de cominações da própria Constituição em torno da qual a sociedade é ordenada, numa das faces o Estado torna-se comprometido ao resguardo dos direitos fundamentais por via das sanções penais. Devendo conformar o seu sistema de modo a propiciar aos indivíduos as condições básicas de segurança que permitam o exercício das liberdades lícitas e o devido controle da criminalidade.

De outra parte, as restrições daí advindas deverão incidir num patamar de proporcionalidade, necessidade e eficácia, atento ao juízo de “ultima ratio” da lei penal. De modo que nenhum dos direitos pautados seja sacrificado em favor do outro de forma irrazoável, num processo em que o exercício da força é duplamente limitado. De um lado pelo Estado ao coibir a violência contra seus cidadãos e, de outro, pelas barreiras que o próprio poder público deve respeitar, quando elabora e aplica os tipos e as penas.

De qualquer sorte, esta proteção é desempenhada na medida da importância e da necessidade do bem jurídico, o qual é cunhado com o signo da defesa penal num compromisso maior que o Estado assume com a preservação e a realização daquele, chamando a atenção da sociedade sobre o relevo do seu resguardo e as consequências da sua inobservância, os quais requerem tal instrumento para uma tutela eficiente.

Portanto, ao Direito Penal corresponde proteger a convivência social concebida pela Constituição, assegurando a ordem jurídica do Estado, garantindo a paz social e tutelando os indivíduos e a comunidade em face das infrações graves da lei. Para o que irá valer-se de instrumentos que representam a forma mais forte de intervenção na liberdade dos cidadãos, justamente para assegurar que os demais gozem deste bem. Contudo, diante da afetação que representa aos direitos fundamentais, a legitimidade do Direito Penal é um pressuposto necessário e inafastável que deve estar presente num Estado Democrático de Direito, não podendo aceitar-se como justificativa o mero caráter funcional da norma, a qual deve estar orientada à proteção dos bens jurídicos mais preciosos, fixando os limites de onde pode e onde não deve deixar de intervir.

Com efeito, ainda que os instrumentos penais representem restrições aos direitos de defesa, eles também asseguram a realização da liberdade externa do indivíduo, possibilitando-lhe certa autonomia nos vínculos e na sua interação social, perante o qual deve o legislador proceder a correta seleção dos objetos especialmente dignos de tutela criminal, sem descuidar dos parâmetros traçados na Constituição.

Então, mesmo não sendo o instrumento único e nem primário, o Direito Penal é capacitado a quitar o dever estatal de tutela, de modo que os cidadãos desfrutem da paz pública, das devidas posições em sociedade e da liberdade protegida pela Constituição. Logo, como a tutela e a promoção do exercício dos direitos fundamentais não de ser propiciadas de forma eficiente, a norma penal é invocada nas situações em que tal se faz necessário (por determinação prévia ou pelas circunstâncias específicas) e é legitimada pelos deveres de proteção. Na medida em que o ordenamento deve ser conformado de tal modo que os cidadãos possam desenvolver uma convivência pacífica e segura.

Assim, quando outros ramos do ordenamento não forem capazes, cumpre ao Direito Penal a tarefa de propiciar uma existência livre, pacífica e socialmente segura aos indivíduos, garantindo as condições individuais, coletivas e institucionais que sejam imprescindíveis para a consecução de tal fim, cujo escopo não pode ser direcionado para a tutela de questões criminalmente ilegítimas.⁴⁴

Diante do que, dever-se-ia ter em conta a dupla face do princípio da proporcionalidade e, diante das vedações do excesso e da insuficiência, buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, tanto a título de defesa como a título de prestações, de forma a propiciar a tutela dos bens jurídicos mais importantes para o convívio social e por via dos meios mais convenientes. Em outras palavras, é nesses estritos termos que deve ser encarado o *Garantismo Universal*, em favor dos direitos, das liberdades, da igualdade e da dignidade de todos os cidadãos membros de um mesmo e único pacto social, a ser zelado e observado pelos Poderes Públicos.⁴⁵

5 Breves considerações sobre a teoria do garantismo penal

Em sua obra, o insigne Luigi Ferrajoli apresenta os dez axiomas do “Sistema Garantista”. 1. *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade, ou da consequência da sanção em relação ao delito; 2. *Nullum crimen sine lege*:

⁴⁴ ROXIN, Claus. *¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?* In: HEFENDEL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Orgs.). *La Teoría del Bien Jurídico? Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Edição Espanhola e Tradução de Rafael Alcácer et al. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 446-449; e STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal*. In: HEFENDEL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Orgs.), *op. cit.*, p. 106-107.

⁴⁵ FLACH, Michael Schneider. Sistema penal, sociedade e garantismo universal. In: FLACH, Michael Schneider (Org.). *Ministério Público, Estado de direito, justiça e sociedade contemporânea*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 438-465. Ver também MOREIRA, Pedro da Silva; COLETTI, Bruno Irion. *Ativismo judicial e a ocultação do poder político: o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli*. In: FLACH, Michael Schneider (Org.). *Direito penal contemporâneo. Escritos em homenagem aos 40 anos da nova parte geral do código penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, no prelo.

princípio da legalidade; 3. *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia penal; 4. *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da ofensividade ou da lesividade; 5. *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6. *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade; 7. *Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionariedade; 8. *Nullum iudicium sine accusatione*: princípio acusatório; 9. *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova; 10. *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da ampla defesa.⁴⁶

Aqui, irretocável e completa a construção deste sistema *garantista, cognitivo ou de legalidade estrita* como denomina o autor. Felizmente, a nossa Carta Magna consagra tais postulados, ao reconhecer no rol de direitos e garantias fundamentais do seu artigo 5º o “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, nem será processado ou sentenciado “senão pela autoridade competente”; que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”; que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, e a lei regulará a aplicação da pena e não haverá penas cruéis; que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”; que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente”, com o preso informado sobre os seus direitos e a prisão ilegal sendo “imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”; além da existência do *habeas corpus*.

Nesse contexto, temos entre os limites do direito penal, o necessário equilíbrio a fim de garantir o “máximo bem-estar possível dos não desviantes” ao lado do “mínimo mal-estar necessário dos desviantes”. A partir de uma sanção que tutele tanto o ofendido e a sociedade, como o delinquente contra o perigo das *reações informais*; prevenindo punições e delitos injustos. De tal modo que as *proibições penais* consigam tutelar efetivamente os “direitos fundamentais dos cidadãos contra as agressões de outros associados”, bem como o acusado em face de penas arbitrárias, dentro de um esquema de limites mínimos e máximos penais.⁴⁷

Ou seja, temos aqui a dupla função preventiva, enquanto finalidade maior do Direito Penal, e cujo objetivo geral do sistema pode ser resumido no “impe-

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. Tradução de Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, et al., São Paulo: RT, 2006, p. 91-92.

⁴⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 309-310.

dimento do exercício das próprias razões”, como a “minimização da violência da sociedade”, seja pelo delito, ou pela vingança. Ao monopolizar a força, delimitando pressupostos e modalidades e impedindo o exercício arbitrário dos não autorizados, a lei penal protege as vítimas em face do crime, enquanto que o julgamento e as sanções resguardam os réus em relação às vinditas. Desta conexão conjunta desponta a legitimidade e necessidade do direito penal, “enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem”, no seu âmbito e limites como preciosos bens “que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições”.⁴⁸

Tal legitimidade é *garantista* e “reside nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos”. Este *garantismo* significa “a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal”, e que requer “regras do jogo iguais para todos”. Assim, um “sistema penal somente se justifica se a soma das violências – delitos, vinganças e punições arbitrárias – que este é capaz de prevenir for superior àquelas das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a este cominadas”. De modo a atingir o “objetivo geral da máxima tutela dos direitos de uns e dos outros, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade”.⁴⁹

Explica Ferrajoli que o seu *garantismo* designa um “*modelo normativo de direito*”, uma “*teoria jurídica* da ‘validade’ e da ‘efetividade’”, bem como uma “*filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”, elementos os quais vinculam tanto o Estado de Direito, como o Poder Público como um todo⁵⁰ – os três poderes e o próprio órgão acusador.

Dito modelo de Estado de Direito deve ser interpretado como o regulado por leis e obediente à Constituição, caracterizado por fatores como o do princípio da legalidade, a conexão de todos os poderes estatais “à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação” constitucional e dos próprios “deveres públicos correspondentes”, seja pela vedação de ofensa aos direitos e liberdades, ou pelas “obrigações de satisfação dos direitos sociais”, além da possibilidade dos cidadãos recorrerem à tutela judiciária. De tal forma que todos os poderes estão limitados por deveres jurídicos, sobre a forma e o conteúdo do seu exercício, “cuja violação é causa de invalidez judicial” e até de responsabilização dos autores.⁵¹

⁴⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 311-312.

⁴⁹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 312-313, acrescentando que “ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais”.

⁵⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 787-789.

⁵¹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 790.

Nesse contexto deve ser compreendida a atual noção de liberdade no Estado de Direito, nos quais além das suas *vedações* estão somadas as *realizações*. Um “Estado de direito liberal deve somente *não piorar* as condições de vida dos cidadãos”, enquanto que o “Estado de direito social deve ainda *melhorá-las*; deve não somente não ser para eles uma desvantagem, mas, também, ser uma vantagem.” Assim, as garantias negativas referem-se a abstenções e ainda à defesa de condições de existência, como a “vida, a liberdade, a imunidade aos arbítrios”. Enquanto que as garantias sociais e positivas estão baseadas em obrigações e conduzem a um dever sobre “pretensões e aquisições de condições sociais de vida”, como subsistência e saúde.⁵²

Por óbvio, “os dois tipos de garantias e os correspondentes modelos de Estado não se excluem entre si, como, vez, ou outra, costuma-se afirmar de maneira injustificada nas contraposições entre liberdades individuais e justiça social”, mas são modelos independentes. Ocorre, que a previsão constitucional dos direitos sociais e de prestações do Estado não recebeu a devida elaboração de um catálogo de garantias sociais ou positivas, “isto é, de técnicas de defesa e possibilidades de serem deduzidas em juízo comparáveis àquelas apresentadas pelas garantias” dos direitos de liberdade. Não tendo sido ainda realizado um Estado de Direito com obrigações estabelecidas, “de direitos claramente definidos e acionáveis com respeito aos órgãos públicos”, com a mesma *certeza, legalidade e igualdade* da satisfação das expectativas.⁵³

As *garantias liberais* requerem do Estado prestações negativas, de não fazer, sendo tuteladas pelo mero exercício imperturbável do titular do direito. Enquanto que as garantias sociais requerem *prestações positivas*, sendo, pois, de pretensão, para cuja satisfação requerem a atividade de outrem e do poder público. Assim, o Estado de Direito é o “resultado conjunto das garantias liberais e sociais”, como algo que *equivale à democracia*, refletindo não apenas a vontade da maioria, mas os interesses de todos.⁵⁴

Ocorre que durante a era liberal o mais essencial eram os direitos à vida e à liberdade, mas contemporaneamente, além destes, temos os direitos sociais (educação, trabalho, saúde, etc.), tornando mais extenso o elenco de bens mais fundamentais, assim como as ameaças contra eles. O que faz com que um Estado social de direito contemple a expansão dos direitos dos seus cidadãos, junto com os deveres estatais, numa “maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes”, ou seja: um *Estado liberal mínimo* e um *Estado social máximo*, diminuindo as restrições e ampliando as obrigações públicas satisfativas.⁵⁵

⁵² FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 795.

⁵³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 795.

⁵⁴ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 796-797.

⁵⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 798-799.

De tal modo que o *garantismo*, “como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o devem decidir, pode bem ser concebido como uma conotação” da democracia. Pois as garantias liberais e sociais exprimem os “direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado”, o dos fracos em relação aos fortes, o das minorias marginalizadas diante das majorias organizadas. De onde, é possível definir e chamar de *democracia social* o “Estado de Direito dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais”, no qual as “instituições políticas e jurídicas sejam instrumentos voltados à satisfação dos interesses primários de todos”, de cuja tutela e realização retiram a sua real legitimidade.⁵⁶

Portanto, podemos facilmente concluir que o modelo garantista permite uma abertura, o que leva em conta não apenas as posições do indivíduo e do acusado, mas os interesses da sociedade e dos demais indivíduos que podem ser violados pelo crime. Assim como o Estado possui obrigações em relação aos *direitos de defesa*, os quais devem ser respeitados, não podendo ele transpor as barreiras de garantias aos direitos fundamentais, este mesmo Estado possui obrigações concernentes aos *deveres de proteção* que se manifestam sobre todos os membros da comunidade, e cujos *direitos fundamentais* também não podem ser alvo de violação sob nenhuma forma. Este é o sentido que pretendemos dar no presente escrito ao “Garantismo Universal”, uma concepção erigida a partir da construção originária do modelo garantista clássico, mas que na realidade deve se manifestar sobre toda a sociedade, cujos direitos não podem ser vulnerados.

6 Ensaio sobre uma teoria de *garantismo universal*

Não resta a menor dúvida que a doutrina do “Garantismo” foi concebida pelo ilustre jurista italiano Luigi Ferrajoli em atenção aos clássicos direitos de defesa e às garantias fundamentais do imputado penal. Contudo, a partir das linhas antes apontadas, não podemos ignorar que esta construção não se reveste de uma blindagem absoluta, sendo, pois, interpenetrável ainda pelas consecuições advindas dos direitos de proteção e das obrigações estatais, de modo que também possa militar em favor da tutela de todos os cidadãos e não apenas do acusado.

Aliás, entendemos que este seja o sentido próprio do contrato social, quando entregamos parcela importante da nossa liberdade ao Estado, na crença e com a obrigação que esta defenda a outra parcela restante das liberdades, sem se exceder nos seus limites de soberano. De maneira a formar uma sociedade com um poder público que “defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio”, em condições de igualdade. Visto que o homem perde a sua

⁵⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 797-798.

liberdade natural e um direito sem limites, justamente para ganhar a liberdade civil, na qual o Estado tem a obrigação de “fazer guardar as leis” e impedir práticas ilícitas.⁵⁷

Esta liberdade deve ser vista e respeitada em face de todos os seus cidadãos, pois em “uma sociedade onde há lei, a liberdade não pode consistir senão no poder de fazer apenas aquilo que se deve fazer, e de não ser constrangido a fazer aquilo que não se deve fazer”. Posto que tal liberdade não é absoluta, ela deve ser vista o “direito de fazer tudo quanto às leis permitem”, pois se um “cidadão pudesse fazer o que elas proibem, não haveria mais liberdade, porque os demais teriam todos o mesmo poder”.⁵⁸

Ora, como podemos nos sentir realmente livres, se há uma clara desproporção entre a forma com que o Estado trata as suas vítimas e os autores de crime. Para este, com absoluta razão, é possibilitada a mais ampla defesa e assistência judiciária pelo próprio poder público. Todavia para o ofendido pelo crime reina a total indiferença, negligência e esquecimento completo. Ou seja, além de violar o direito fundamental à segurança, ainda afronta a própria dignidade da pessoa humana. Esquecendo que os “homens deram sua força e essência em apoio à liberdade e à libertação”⁵⁹ e que o direito de nenhum cidadão deve ser ignorado, nem de acusados e sequer de vítimas.

Nessa linha Cesare Beccaria já explicava que é “interesse de todos que não se cometam delito” e que estes “sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam a sociedade”, devendo haver “proporção entre os delitos e as penas”, pois “se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem”. O fim desta pena é o “de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo”; sendo que “quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil”, assim como a “certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará” mais temor do que outro mais severo, mas que gere alguma esperança de impunidade.⁶⁰

⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 31-35, 55 e 58, concluindo que: “Se indagais em que consiste justamente o maior bem de todos, que tal deve ser o fim de todo o sistema de legislação, achá-lo-eis resumido nestes dois objetos principais, a liberdade e a igualdade; a liberdade, porque toda a dependência particular é outra tanta força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque sem ela não pode substituir a liberdade”.

⁵⁸ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 44.

⁵⁹ MARSCHALL, James. *Espadas e Símbolos*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: RT, 1997, p. 49, anotando ainda que “Há épocas em que é difícil determinar que leis e costumes encontram apoio soberano e quais os observados meramente como resultado de hábito e pressão social. Sem dúvida, as faculdades motoras do Estado são vagarosas em reagir à sensação de desobediência” e a necessária e justa punição dos violadores das leis.

⁶⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1997, p. 37-39, 52, 71 e 87.

Evidente nas colocações de Beccaria a preocupação iluminista com o próprio princípio da proporcionalidade, o qual desde aquela época deve ser compreendido em sua dupla forma, enquanto proibição do excesso estatal e como proibição de proteção deficiente pelo poder público. Como exemplo recente desta dupla violação podemos citar a conduta de maus tratos. A Lei nº 14.064/2020 introduziu o art. 32, § 1º-A, da Lei nº 9.605/1998 (LCA) e elevou as penas para os maus tratos de cães e gatos ao patamar de 2 a 5 anos de reclusão. Enquanto que os maus tratos contra idoso do art. 99 da Lei nº 10.741/2003 possui pena de detenção de 2 meses a 1, que se eleva para de 1 a 4 anos de reclusão no caso de lesão corporal grave. Mesma sanção para os maus tratos de criança, adolescente ou curatelado, pelo art. 136 do Código Penal. Ou seja, a nossa legislação está protegendo com pena exacerbada os maus tratos não contra todos os animais, mas apenas os domésticos do tipo cães e gatos. Ao mesmo tempo em que relega penas menores, passíveis de transação e suspensão condicional do processo nos maus tratos contra idosos e incapazes, ainda que lhes resulte uma lesão corporal grave ou até gravíssima. Além da própria desproporção entre o art. 32, § 1º-A da LCA, em relação aos crimes contra a pessoa previstos nos artigos 126, 127 e 129, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal (CPB).

A desproporção entre as penas e as gravidades das condutas também é visível em nosso sistema da forma como tratamos o bem jurídico “vida”.⁶¹ Basta ver que o ato de matar alguém, enquanto homicídio simples, não é crime hediondo, e possui pena mínima de 6 anos, cumprida no regime semiaberto, e que levará ao aberto após satisfeito apenas 1 ano (um sexto) de pena. Outrossim, se tomarmos a relação existente entre as sanções dos crimes contra o “patrimônio”, em relação aos cometidos contra o “patrimônio cultural”. No furto simples a pena é de 1 a 4 anos, se qualificado de 2 a 8 anos, se for de uma cabeça de gado será de 2 a 5 anos, e se de veículo transportado para outro Estado de 3 a 8 anos de reclusão, pelo artigo 155 do Código Penal. Contudo, a destruição de um importante patrimônio cultural tombado, ou até reconhecido pelo Unesco como patrimônio da humanidade, como as ruínas de São Miguel das Missões (RS) ou o casario de Ouro Preto (MG), possui sanção de 1 a 3 anos de reclusão, pelo art. 62 da LCA. Isto é, para o legislador o objeto individual *patrimônio* é mais importante que o bem jurídico coletivo *patrimônio cultural*.

A rapidez da pena ainda é falha em nosso sistema, por um arcabouço de vários recursos e de quatro instâncias, além dos próprios recursos internos nos Tribunais e os embargos. Por pouco tempo vigorou o entendimento que a condenação em segunda instância pela Corte colegiada já autorizaria a execução provisória da pena, mas voltamos a retroceder neste ponto. Não que aqui propria-

⁶¹ PESSI; Diego; SOUZA, Leonardo Giardin. *Bandidolatria e demócídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil*. São Paulo: Armada, 2017, apresentam a sua crítica sobre o modelo garantista brasileiro.

mente haveria a negação do princípio da presunção da inocência, mas o reconhecimento de uma condenação por um Tribunal faria com que, de algum modo, esta presunção fosse abalada. Se demais, aqui não estaria sendo negado o direito ao contraditório, à ampla defesa ou ao duplo grau de jurisdição. Mas, sim, sendo feito um juízo de valor em termos de garantismo universal, no qual os direitos individuais cedem em favor dos direitos fundamentais coletivos da sociedade, entre os quais o da segurança pública, previsto no art. 5º, “*caput*”, da Constituição.

A mesma negação da dupla face do princípio da proporcionalidade e do próprio garantismo ora explorado temos em relação aos embargos infringentes e de nulidade, do art. 609 do CPP. Ora, a não unanimidade do julgamento e a obtenção de um único voto a seu favor autoriza tal via recursal exclusivamente em favor do acusado. Porém, o Ministério Público e, portanto, a sociedade, são excluídos da possibilidade de tal recurso, caso venham obter algum voto em favor de sua tese. Novamente, o interesse individual prevalece sobre os coletivos.

E mais, o que dizer dos recentes julgamentos no Supremo Tribunal Federal, nos quais por conta da ausência de um Ministro e do resultado ter terminado empatado decidiu-se pela adoção do voto e linha que mais favorecesse o réu? Como se esta fosse a melhor e a mais simples decisão. Como se o ideal e o senso de justiça fosse percorrer o caminho mais fácil: o empate favorece a defesa. Como se a sociedade não merecesse a convocação de um Ministro para desempatar. Será que realmente temos “regras iguais do jogo” para todos? Enfim, tristes tempos nos quais o mirar para os direitos coletivos é desviado...

No quadro atual é de se questionar quem é verdadeiramente a parte mais débil. Vivemos tempos de crime organizado, de milícias e facções, nos quais os cidadãos estão desprotegidos diante da atuação desta horda orquestrada de delinquentes destemidos e bem preparados, os quais criaram um microssistema de *estado paralelo*, no qual é a sociedade que se encontra gradeada e enclausurada em suas próprias casas, sem nenhuma chance de defesa, com os seus direitos fundamentais dissolvidos e sem poder contar com a mínima assistência estatal. Então, pergunta-se, neste triste e inegável retrato da realidade contemporânea, quem realmente seriam os mais fracos e as chamadas minorias marginalizadas frente às maiores organizadas?

Retornando, em relação à citada *certeza, à rapidez e à infalibilidade da pena* o mesmo problema podemos vislumbrar em relação ao nosso Tribunal do Júri. O réu que chega a plenário preso, mas é absolvido ou recebe uma pena incompatível com a sua situação prisional por certo deve ser solto de imediato. Porém, o acusado que é condenado não é imediatamente conduzido à prisão, isto que o seu julgamento foi realizado por um tribunal colegiado, cuja formação, independência, inviolabilidade das decisões e a “soberania dos veredictos” é reconhecida constitucionalmente.

Tal situação foi mitigada apenas após o advento da Lei nº 13.954/2019, que com o novo artigo 492, I, “e”, e §§ 3º a 6º do CPP permite a prisão dos condenados com pena igual ou superior a 15 anos. Ainda assim, tal regra não é absoluta e a prisão pode não realizada, inclusive pelo atual requisito do caráter contemporâneos dos motivos da custódia, dos artigos 312, § 2º, 315 § 2º e 316 parágrafo único do CPP. Sem contar que os réus condenados por homicídio qualificado, crime hediondo, cuja sanção não chegue aos 15 anos, continuam saindo soltos do Tribunal do Júri.

Ainda, vejamos as recentes desproporções sistêmicas balizadas em decisões da nossa Corte Suprema. De um lado a violação por excesso, quando firma que “não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”.⁶² Ou seja, é como se uma vez lançados os maus antecedentes na ficha do acusado, estes se tornassem permanentes e não sujeitos à prescrição. O delito, a ação, a pena e a reincidência são prescritíveis, contido, os antecedentes não. O principal se extingue, mas uma consequência secundária não. Com a devida vênia, é uma aberração.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes, tem incorrido em violação da proteção deficiente, ao negar a aplicação do art. 413 do CPP,⁶³ dentro do clássico princípio “in dubio pro societate”. Um exemplo é a decisão que afirma que “além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o standard probatório necessário para a pronúncia”.⁶⁴ Quando na verdade o consagrado princípio é um daqueles que limita em favor dos direitos da sociedade violada pelo crime, consagrando o direito fundamental à segurança e à proteção da vida humana, enquanto bens jurídicos de quilate máximo e que devem ser respeitados, tanto pelos particulares, como pelos Poderes Públicos.

Ora, o direito geral à *segurança* previsto em nossa Constituição é tão consistente e de efeito irradiador, que nas suas dimensões estão também tutelados

⁶² Supremo Tribunal Federal, RE nº 593.818/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário j. 17 de agosto de 2020, p. 23 de novembro de 2020.

⁶³ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

⁶⁴ Supremo Tribunal Federal, RE com Ag 1.067.392/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 26 de março de 2019. Na mesma linha: STF, HC 180.144/GO, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 10 de outubro de 2020. Em sentido contrário: STF, Ag. Reg. no RE com Ag. 1.244.706/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 20 de dezembro de 2019; e STF 2ª Ag. Reg. no HC 174.400/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. 24 de setembro de 2019.

os direitos à segurança jurídica, pessoal e social, e o próprio “direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] conta atos – do poder público e de outros particulares – violadores dos direitos pessoais”. Temos aqui o “reconhecimento de deveres gerais e especiais de proteção que resultam diretamente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de expressões de uma ordem de valores comunitárias”, que sob o ângulo subjetivo se projetam enquanto direitos protetivas.

Afinal, a própria dignidade da pessoa humana não restará suficientemente respeitada e protegida se as pessoas forem atingidas por um tal nível de instabilidade “que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas”, seja como vítima ou suspeito.⁶⁵ Diante do que, tais posições não podem ser ignoradas nem negligenciadas pelo poder público, seja em face do cidadão comum, da coletividade como um todo ou do acusado.

Da mesma forma o devido processo legal e a duração razoável do processo. São eles primeiramente garantias que militam em favor do acusado, mas não apenas isto, pois também têm valia em relação à sociedade. Assim como uma prisão ou condenação arbitrária violam os direitos dos réus, uma soltura indevida e uma absolvição inconsistente vulneram os interesses sociais. Deve ser uma garantia de todos que o acusado custodiado sob certas condições e dentro dos requisitos legais seja assim mantido ao longo do processo. Também, adimplido o ônus da prova pelo Ministério Público o Magistrado não pode encastelar-se na dúvida e lhe é vedado realizar o exame indevido e relapso do acervo processual, para daí derivar uma absolvição por insuficiência probatória. Igualmente, o processo deve percorrer um lapso razoável, a sociedade espera que o delito que cindiu a lei e produziu violação no seu seio seja apurado da forma e no tempo devido, pois justiça que tarda também é justiça falha!

Com efeito, cremos que de forma urgente precisamos rever a ordem de valores e vários aspectos do nosso sistema de justiça, mirando a um modelo de “garantismo universal”, cuja justiça cega saiba ser sensível e dirigir um “olhar fechado”, no entanto, sensível e igualmente justo e equânime, tanto para o agressor, como para a vítima. Que saiba respeitar os direitos fundamentais do acusado, mas também os da sociedade. Que saiba observar que o verdadeiro princípio da proporcionalidade é composto de duas faces, a que proíbe o excesso dos poderes públicos, ao mesmo tempo em que não pode permitir que seja violada a proibição da proteção deficiente, enquanto dever estatal em favor do cidadão e da comunidade.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 437.

Como explica Ferrajoli, esta sistemática de direitos fundamentais foi recepcionada em várias Constituições e a sua “não efetivação em níveis inferiores corre o risco de torná-la uma simples conferência”. Na medida em que é preciso observar que atualmente orbitam os *direitos de liberdade*, como faculdades de condutas próprias e geradoras de proibição dos poderes públicos, enquanto obstáculos de *não fazer*. Ao mesmo tempo em que o Estado se defronta com os direitos sociais, ou materiais, ou prestacionais, aos quais correspondem obrigações e verdadeiros “deveres públicos de fazer”,⁶⁶ no que se traduz a observância dos direitos fundamentais das vítimas de crime e de toda a sociedade em geral.

Afinal, ao operarem no resguardo de intromissões estatais nos bens dos cidadãos, os direitos fundamentais assumem a configuração de defesa e de proibição de intervenção. Só que quando determinam ao Estado a proteção dos indivíduos, tais direitos inclusive realizam a função de mandamentos de tutela ou deveres de proteção, os quais devem ser observados para não violar o duplo viés do princípio da proporcionalidade.

Naquela primeira face, os poderes públicos estão vinculados em certa margem que os impede de restringir demasiadamente os direitos fundamentais, por força da proibição do excesso. Já nesta, estão condicionados a um âmbito mínimo de atuação, não podendo permanecer aquém da medida protetiva ordenada pela Constituição, sob pena de desobedecer ao mandamento de tutela e incidir na proibição de insuficiência.⁶⁷

Nesse novo modelo aqui proposto, ademais deve ter lugar a questão da vítima, infelizmente negada e esquecida pela nossa Constituição Federal – salvo menção alhures nas Disposições Gerais e Transitórias sobre a responsabilidade civil do autor do crime doloso –, igualmente negligenciada nos atuais Projetos de Reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional, e sequer lembrada na Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que introduziu a Reforma do Poder Judiciário.⁶⁸

Tal abismo da realidade legislativa e, quiçá, jurisprudencial em face das vítimas no Brasil – cujo sistema de justiça é regido por um Garantismo exclusivamente pró réu e com a inexistência de paridade de armas entre autor do delito X ofendido pelo ilícito –, torna-se ainda maior se levarmos em conta os cânones da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual dispõe sobre a

⁶⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 785 e 794.

⁶⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 239-241.

⁶⁸ MARTINS, Charles. *Vítima do crime, a grande esquecida pelo constituinte de 1988*. In: FLACH, Michael Schneider (Org.). *Ministério Público, sistema de justiça e Constituição Federal*. Escritos em homenagem aos 35 anos da Carta Magna. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 443-464. Ver também MARTINS, Charles. *Vítima do crime e o cânone do processo justo*. *Revista do Ministério Público*, n. 90, jul./dez. 2021, p. 417-434.

inarredável obrigação pública e estatal de garantir um justo processo em favor das vítimas pelas graves violações dos direitos humanos, por meio de acesso à justiça e à efetiva proteção judicial, nos termos dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Certamente, num modelo justo e equilibrado de *Garantismo Universal* o direito e o processo penal devem reservar um lugar devido para a tutela dos direitos e interesses da vítima.

7 Considerações finais

Não mais podemos aceitar uma forma corroída e parcial de Estado de Direito, o qual felizmente é capaz de garantir as liberdades dos infratores, todavia, infelizmente, é incompetente quando se trata de proteger os direitos fundamentais dos seus associados, violados pelos agressores da norma penal. Frente aos quais muitas vezes o Poder Público mostra-se benevolente, ao mesmo tempo em que opera com total indiferença em relação às vítimas, de modo a voltar as costas contra o seu autêntico fundador e mantenedor, que é a própria sociedade constituída.

A novel ordem de direitos fundamentais reafirma o fato de que o anterior Estado absoluto converteu-se em Estado de Direito, com os súditos transmutando-se para cidadãos e, como tais, titulares de direito, o que vem a gerar obrigações correlatas do Estado, em nível de pretensões não mais exclusivamente naturais, mas agora constitucionais.

Assim, não se pode mais admitir um decrépito modelo que mira tão somente o valioso ideal iluminista, no qual a preocupação dizia respeito apenas aos excessos do poder público e a perda das liberdades. Torna-se, pois, imprescindível vislumbrar que na atual quadra do século XXI precisamos de um Estado aliado aos direitos fundamentais sobre todas as formas. E que assuma verdadeiramente as suas obrigações prestacionais, em especial no que diz respeito à proteção dos seus consorciados diante da prática de crimes.

Entretanto, mais ainda, sempre que o ilícito ocorrer este mesmo Estado deve dispensar um tratamento legal, justo e com a possível simetria às partes envolvidas, sem olvidar das vítimas do crime. Primeiramente, ao suspeito e acusado, dando-lhe todas as garantias, desde o inarredável princípio da legalidade, até a inafastável ampla defesa em todos os seus níveis. De outro lado, porém, prevendo e consagrando os direitos dos atingidos pelo ilícito. E, além disso, não negligenciando sobre a necessária observância dos interesses e direitos da sociedade, a qual, seja em favor dos seus indivíduos, ou no âmbito coletivo, outrossim é portadora de direitos fundamentais; e por conta destes o poder público deve desempenhar, tanto os direitos de defesa (abstenção) como os deveres de proteção (prestações positivas). Pois assim, e apenas assim, o Poder Público poderá adimplir o seu ônus e implementar na sua ampla concretude a forma su-

prema do princípio da proporcionalidade, o qual se revela tanto na proibição de excessos e arbítrios, como na proibição de uma tutela protetiva deficiente.

De onde, o Garantismo é um modelo correto e desejado por todos os operadores do sistema, mas que para se aperfeiçoar deveria vigorar em uma vertente universal, assim como o princípio da proporcionalidade é um protetor que coíbe tanto os excessos como as deficiências. Porém, em nosso ordenamento pátrio parece vigorar não a doutrina pura do ilustre jurista Luigi Ferrajoli, mas uma adaptação parcial dos seus ensinamentos, não um garantismo, mas, sim, um “garanteísmo”, operando quase como uma seita, um credo cego, que rende oferendas e devota os acusados penais sobre todas as formas. Em face dos quais são asseguradas prerrogativas sem limites, muito além das determinadas pela ordem constitucional, ao mesmo tempo em que as vítimas são vilipendiadas e os direitos da sociedade são ignorados, fazendo com o que o réu seja “rex”, o rei do teatro processual e penal.

Por fim, é importante lembrar que “todo direito no mundo foi adquirido pela luta”, seja o de um indivíduo ou da coletividade, sendo este direito um trabalho sem tréguas. E aqui, a “espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é o direito impotente; completam-se mutuamente”; de tal forma que o direito só irá reinar “quando a força despendida pela justiça para empunhar a espada corresponde à habilidade que emprega em manejar a balança.”⁶⁹ Ao mesmo tempo em que “não pode deixar que se destempere a afiada espada da pena, empregando-a em qualquer ocasião insignificante. Pois se ela é utilizada para cortar madeira, falhará quando o seu golpe for realmente necessário”.⁷⁰ De qualquer forma, a realidade é que os “pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém”.⁷¹

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 433 e 442.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁶⁹ IHREING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 198.

⁷⁰ PRITTWITS, Cornelis. *El derecho penal alemán: ¿Fragmentario?, Subsidiário? ¿Última Ratio*. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *La Insostenible situación del derecho penal*. Tradução de David Felipi Saborit. Granada: Comares, 2000; e PRITTWITS, Cornelis. O direito penal entre a sociedade penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 47, p. 36-39, mar./abr. 2004.

⁷¹ HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1997.

BERNAL PULIDO. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 3. ed. 2007.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 4ª reimpressão, 2003, Coimbra: Almedina.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999. p. 203.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. Tradução de Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, et al., São Paulo: RT, 2006.

FLACH, Michael Schneider. Sistema penal, sociedade e garantismo universal. In: FLACH, Michael Schneider (Org.). *Ministério Público, Estado de direito, justiça e sociedade contemporânea*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 438-465.

_____. ; CIBILS, Patrícia Maldaner. Direitos de defesa, deveres de proteção, ponderação constitucional e direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 85, p. 132-152, jan./jun. 2019, p. 138.

_____. ; _____. Os Direitos Fundamentais no Ordenamento Constitucional. *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, n. 22, Caxias do Sul, jun., 2019.

FREITAS, L. F. Calil. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

IHREING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Belo Horizonte: Líder, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. v. 1. Tradução e adição do direito espanhol de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

MARSCHALL, James. *Espadas e Símbolos*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1997.

MARTINS, Charles. Vítima do crime e o cânone do processo justo. *Revista do Ministério Público*, n. 90, jul./dez. 2021, p. 417-434.

_____. Vítima do crime, a grande esquecida pelo constituinte de 1988. In: FLACH, Michael Schneider (Org.). *Ministério Público, sistema de justiça e Constituição Federal*. Escritos em homenagem aos 35 anos da Carta Magna. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 44.

MOREIRA, Pedro da Silva; COLETTI, Bruno Irion. Ativismo judicial e a ocultação do poder político: o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli. In: FLACH, Michael Schneider (Org.). *Direito penal contemporâneo*. Escritos em homenagem aos 40 anos da nova parte geral do código penal. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, no prelo.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 86-87.

PARIONA ARANA, Raúl. El Derecho Penal “Moderno”: Sobre la Necesaria Legitimidad de Las Intervenciones Penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 68, p. 126-127, set./out. 2007.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin. *Bandidolatria e demócídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil*. São Paulo: Armada, 2017.

PRITTWITS, Cornelis. El derecho penal alemán: ¿Fragmentario?, Subsidiário? ¿Última Ratio. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *La Insostenible situación del derecho penal*. Tradução de David Felipi Saborit, Granada: Comares, 2000.

_____. O direito penal entre a sociedade penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 47, p. 36-39, mar./abr. 2004.

ROUSSEUAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Orgs.). *La Teoría del Bien Jurídico? Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Edição Espanhola e Tradução de Rafael Alcácer et al. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In: MARTINS, Leonardo (Org.). *Coletânea Original*. Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal. In: HEFENDEL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Orgs.). *Edição La Teoría del Bien Jurídico? Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Espanhola e Tradução de Rafael Alcácer et al., Madrid: Marcial Pons, 2007.