

A INCOMPLETUDE DO “GARANTISMO PENAL”: ENTRE A SALVAGUARDA DO DIREITO À LIBERDADE E A VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

THE INCOMPLETENESS OF "CRIMINAL GUARANTY": BETWEEN SAFEGUARDING THE RIGHT TO FREEDOM AND THE PROHIBITION OF POOR PROTECTION

Alberto Jorge Correia de Barros Lima¹

Marcial Duarte Coelho²

Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues³

RESUMO: A teoria do garantismo penal, desenvolvida na modernidade principalmente por Luigi Ferrajoli, é, por vezes, tida como um instrumento de proteção exclusiva dos acusados de um crime em detrimento de uma “persecução penal eficiente”. Dessa forma, sua aplicação é referenciada, de certo modo e a certa maneira, como um dos fatores responsáveis pelos níveis alarmantes de impunidade que imperam no processo penal brasileiro, aparentando haver uma contradição entre seus axiomas e a proteção constitucional de bens jurídicos e o direito fundamental à segurança pública. Este artigo pretende, contudo, desconstituir esta suposta contradição, demonstrando que a proteção de direitos das vítimas e direitos sociais da coletividade não estão em confronto com o garantismo penal, compreendido da maneira correta, embora as construções originais desta vertente teórica possam pecar por incompletude ante a não contemplação de direitos coletivos. Pretende-se, portanto, a definição de uma base epistemológica a partir da qual essa suposta contradição possa ser dirimida e certos axiomas garantistas possam ser invocados sem prejuízo de um processo penal eficiente e garantir do direito fundamental à segurança pública, como fundamento da coexistência.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Garantismo. Segurança Pública. Garantismo Penal Integral. Direitos Fundamentais.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

3 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

ABSTRACT: The theory of criminal guaranteeism, developed in modernity mainly by Luigi Ferrajoli, is often seen as an instrument of exclusive protection for those accused of a crime to the detriment of a “efficient criminal prosecution”. Therefore, its application is referenced, in a way and in a certain way, as one of the factors responsible for the alarming levels of impunity that prevail in the Brazilian criminal process, creating an apparent contradiction between its axioms and the constitutional protection of legal goods and the fundamental right to public security. This paper aims to, nevertheless, deconstitute this supposed contradiction, showing that the protection of the victims’ rights and the social rights of the community are not in conflict with the criminal guaranteeism, when understood in the correct way, although the original constructions of this theoretical strand may fail for its incompleteness due to the non-contemplation of the collective rights. Hence, it is intended to define an epistemological basis from which this alleged contradiction may be settled and certain axioms of the guaranteeism may be invoked without prejudicing an effective criminal procedure, guaranteeing the fundamental right to public safety as a basis for coexistence.

KEY WORDS: Whole criminal guaranteeism. Public safety. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Já é bastante conhecida nos cenários nacional e internacional a denominada doutrina do garantismo, seja em seu viés mais amplo, de cunho filosófico-constitucional (a que se denomina de uma “teoria geral do garantismo”), seja em sua vertente mais aplicada e tradicional, difundida na seara penal e processual penal (e referida como o “garantismo penal”).

Estigmatizado como uma teoria que protegeria o acusado do crime ao sacrifício de uma persecução penal eficiente, por vezes o garantismo penal se encontra no outro extremo de uma polarização doutrinária no processo penal, contrabalançando um punitivismo exacerbado de alguns autores, a quem a segurança pública e a defesa social justificam toda sorte de relativização ou mitigação de garantias fundamentais.

O desafio que se impõe, portanto, parece ser encontrar sua medida, o ponto de equilíbrio no qual nem direitos individuais de liberdade e nem direitos que são usufruídos no cenário coletivo/social retem comprometidos. Enquanto propulsora de direitos fundamentais e da normatividade constitucional, a teoria garantista encontra na necessidade de balancear o cumprimento de direitos aparentemente antagônicos (tal como, v.g., o direito à liberdade do réu e o direito à segurança da vítima e da coletividade) sua grande provação, e sobre isso pretendemos analisar, de modo a desmistificar a falsa polêmica desta dita polarização.

1 A TEORIA DO GARANTISMO

Pode-se dizer que a doutrina do garantismo apresenta diretas conexões com o pensamento iluminista e liberal surgido no século XVIII. De fato, no âmago dos ideais garantistas, como se verá, estão a limitação do poder estatal, a tutela das liberdades individuais e a elevação da razão como mecanismo de resistência ao arbítrio, características fortemente presentes naquele movimento histórico. Outro vínculo claro é a adoção de uma perspectiva de uma certa “desconfiança” quanto ao papel do Estado, visto como um grande desrespeitador de direitos.

Nada obstante esses laços, o uso da expressão “garantismo” – tal como hoje se conhece – data de período bem mais recente. Registra-se que se iniciou a ser referido, nos anos 70, pela doutrina italiana, notadamente por Salvatore Battaglia, na obra *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, e por Nicola Matteucci, em seu *Dizionario di politica*⁴. A ideia geral transmitida por esses autores trazia o garantismo como uma doutrina situada no plano constitucional que pregava o respeito do poder político às liberdades individuais, tais como a liberdade pessoal, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa e a inviolabilidade da propriedade privada. Em essência, como se observa, é inegável o resgate do ideário iluminista, mas agora se apresente um prodigioso diferencial – a direta conexão com o novo papel do direito constitucional surgido com o segundo pós-guerra.

Outrossim, sofisticando o ideal humanista, percebe-se que um dos principais motivos de o garantismo ter ganho notoriedade no cenário mundial foi sua capacidade de lançar luzes sobre o ser humano na sociedade moderna, com destaque para sua vulnerabilidade social⁵. Resumidamente, a sua forma de atuação não é complexa: criar e implementar diversas “garantias” (daí a nomenclatura) aos direitos fundamentais. O próprio Ferrajoli explica a expressão em entrevista a Gerardo Pissarello e a Ramon Suriano:

La palabra garantismo es nueva en el léxico jurídico. Fue introducida en Italia en los años 70 en el ámbito del Derecho Penal. Sin embargo, creo que puede extenderse a todo el sistema de garantías de los derechos fundamentales. En este sentido, el garantismo es sinónimo de Estado constitucional de Derecho.⁶

Já a consolidação do termo, especialmente nas searas penal e processual penal, ocorre no final da década de 80. De fato, é a partir dos trabalhos de pesquisa

4 TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista eletrônica da Faculdade de direito de Franca**, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em <www.direitofranca.br>. Acesso em: 22 jan. 2018.

5 BENTO, Patricia Stucchi. Garantismo na investigação policial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3217, 22 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21578>. Acesso em: 10 out. 2017.

6 PISSARELLO, Gerardo; SURIANO, Ramón. Entrevista a Luigi Ferrajoli. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 9, p. 187-192, oct. 1998. Disponível em: <http://www.cervantes-virtual.com/obra/entrevista-a-luigi-ferrajoli-0/>. Acesso em: 11 mai. 2018.

e atividades desenvolvidas pelo professor peninsular – que culminaram, em 1989, com o lançamento da obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*⁷ – que o “garantismo penal” passa a ser amplamente discutido. Na introdução desta obra, o autor esclarece a razão de seus escritos, bem como a íntima conexão de suas proposições com o período iluminista:

Este livro deseja contribuir com a reflexão sobre a crise de legitimidade que assola os hodiernos sistemas penais, e em particular o italiano, com respeito aos seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos. Em grande parte, tais fundamentos foram construídos – com o nascimento do Estado moderno como um “Estado de direito” – pelo pensamento jurídico iluminista, que os identificou com uma série complexa de vínculos e de garantias estabelecidas para a tutela do cidadão contra o arbítrio punitivo. Ainda que incorporados a todas as constituições evoluídas, estes vínculos são largamente violados pelas leis ordinárias, e mais ainda pelas práticas nada liberais por elas alimentadas⁸.

O “garantismo se torna, então, o nome da teoria liberal do direito penal, ou seja, do paradigma normativo – de matriz iluminista – do ‘direito penal mínimo’”⁹. Como teoria humanista que é, o garantismo ganha significativo fôlego com a moderna estrutura constitucional, caracterizada pela preservação de direitos, garantias e liberdades, e pelo irrestrito respeito ao devido processo legal, como forma de proteção dos cidadãos contra o poder “invasivo” estatal¹⁰.

Feldens¹¹ vai ao ponto de afirmar que o garantismo encontra seu “marco teórico” na estrutura do Estado constitucional e, em especial, na positividade dos direitos fundamentais. De fato, se constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei¹², chega-se à ilação de que o garantismo é uma espécie de “constitucionalismo aplicado”, vale dizer, de uma doutrina que reza a observância desses dois postulados basilares, de matriz constitucional, na legislação infraconstitucional e nas práticas jurisdicional e executiva.

É interessante observar que as fortes ligações com o espírito cidadão do constitucionalismo contemporâneo (que não mais é visto como mero descritor da forma estatal de organização) fizeram com que a doutrina garantista ganhasse asas e possibilidades de atuação para além de seu berço do nascimento, qual seja,

7 Para facilitar o leitor, às referências deste trabalho serão sempre à versão traduzida para o português, que possui o semelhante título de “Direito e razão: teoria do garantismo penal”.

8 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 15.

9 IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) da Unisinos**, p. 34-41, jan./jun. 2011. p. 36.

10 BENTO, Op. cit.

11 FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b. p. 65.

12 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

a seara criminal. Aliás, esse parece ser inclusive desejo do próprio Ferrajoli, ao afirmar na quinta e última parte de sua obra central, que a palavra garantismo e seus principais significados “podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico”, o que ele próprio denomina de uma “teoria geral do garantismo”¹³.

Justificou afirmando que “muitas das reflexões teóricas e filosóficas desenvolvidas neste livro, porquanto solicitadas pela atual desordem do nosso¹⁴ direito penal, podem de fato ser estendidas também a outros setores do direito público”, desde que eles apresentem, de forma semelhante a que o autor enxerga na seara criminal italiana, “uma crise estrutural das garantias do Estado de direito”¹⁵. Nesse viés de uma “teoria geral”, Ferrajoli explicita que o garantismo teria então um triplice significado, passíveis de utilização em todas as searas jurídicas (v.g. direito civil, constitucional, administrativo, internacional, do trabalho)¹⁶.

Em uma primeira acepção, seria um “modelo normativo de direito”, baseado na estrita legalidade, no poder estatal mínimo, na tentativa de minimizar a violência e maximizar a liberdade e na criação de obstáculos à função punitivista do Estado¹⁷.

Em um segundo significado, seria uma “teoria jurídica da validade e da efetividade”, que se destinaria a expor as divergências existentes entre as normas (que são tendencialmente garantistas) e as práticas operacionais (tendencialmente antigarantistas). Essas divergências poderiam resultar na constatação, por exemplo, de que uma norma é válida, todavia, sem efetividade da proteção¹⁸.

Por fim, no terceiro significado designaria uma “filosofia política” baseada na separação entre o direito e a moral, entre validade e justiça, entre o ser e o dever-ser do direito. Tais pressupostos exigiriam 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”. O ponto de vista externo vem a ser aquele “de baixo ou *ex parte populi*”, que “exprime os valores extra ou meta ou pré-jurídicos fundadores, ou mesmo os interesses e as necessidades naturais – individuais e coletivas”¹⁹.

Os três significados delineariam os elementos dessa “teoria geral do garantismo”, que Ferrajoli faz questão de ressaltar que não serviriam apenas ao direito penal. Esses elementos seriam, nas palavras do próprio italiano:

[...] o caráter vinculativo do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a

13 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 785.

14 A referência é ao direito penal italiano.

15 Ibidem, p. 21.

16 A enumeração exemplificativa é do próprio Ferrajoli (2014, p. 788).

17 Ibidem, p. 785-786.

18 Ibidem, p. 786-787.

19 Ibidem, p. 787-788.

distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes²⁰.

É por tudo isso que Feldens²¹, analisando os caracteres desta doutrina, apresenta um amplo conceito de garantismo, por ele reconhecido como uma “teoria constitucional de base jusfundamental”, assim descrita:

O garantismo se deve compreender, sobretudo: (a) como uma teoria de base constitucional, (b) orientada à otimização dos direitos fundamentais, (c) o que significa, em Direito, *assegurar juridicamente* (garantir) a sua realização, (d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais, (e) competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente a suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos. (destaques em itálico e em itens alfabéticos no original).

No conceito apresentado por Feldens, que poderia se dizer um conceito já “desenvolvido” do garantismo original, percebe-se a forte conexão com a eficácia objetiva dos direitos fundamentais e, em especial, com os deveres de tutela estatal. Destaca-se o garantismo como uma teoria criadora de verdadeiros poderes-deveres, aos quais caberá ao Estado se desincumbir. Ganha relevo a necessidade da atuação dos poderes públicos, chamados a assegurar a realização dos direitos e a efetivar a proteção face a ameaças de lesões.

1.1 O GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI

Fazendo a correlação entre o garantismo e o direito penal, Ferrajoli mais uma vez faz ver os laços que unem a sua teoria ao iluminismo. Destaca-se esse significativo trecho de sua obra, que ademais demonstra a “lógica” de seu pensamento:

[...] Ver-se-á, de fato, que o modelo penal garantista, com sua estrutura empírica e cognitiva assegurada pelos princípios da estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade, foi concebido e justificado pela filosofia jurídica iluminista como a técnica punitiva racionalmente mais idônea – como a alternativa a modelos penais decisionistas e substancialistas, orientados pela cultura política autoritária – a maximizar a liberdade e a minimizar o arbítrio de acordo com três opções políticas de fundo: o valor primário associado à pessoa e aos seus “direitos naturais”, o utilitarismo jurídico e a separação laica entre direito e moral²².

20 Ibidem, p. 788.

21 FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b. p. 67.

22 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zo-

Outrossim, no excerto acima nota-se outro ponto que é objeto de constante crítica do pensamento do autor italiano: o decisionismo judicial. Por toda a sua obra, Ferrajoli destaca o que, na visão dele, seria uma “crise” do sistema jurídico-penal italiano, iniciada com a consolidação do Estado liberal (apontada pelo autor como ocorrida a partir da segunda metade do século XIX). Desde esse momento histórico, teria ocorrido, em seu entender, um reaparecimento de um direito penal autoritário, um “despotismo punitiva” como pontuou, baseado em “esquemas penais arcaicos do tipo substancialista e inquisitório”²³. Tal autoritarismo estaria cedendo a uma pressão conservadora, que concebe o direito penal como técnica de controle social, segundo variadas concepções: “idealistas, ético-estatais, positivistas, irracionais, espirituais, correccionais ou também puramente tecnicistas e pragmáticas”²⁴.

A crise do sistema criminal italiano estaria especialmente centrada em três importantes distorções, chamadas por Ferrajoli de “tríplice divergência interna”, que se observariam entre o modelo normativo garantista e de proteção de direitos fundamentais trazidos pela Constituição italiana e o “efetivo” direito penal e processual penal da legislação ordinária e da praxis jurisdicional. Tais distorções, consideradas pelo autor como suas hipóteses de trabalho, estariam:

- a) na existência, no direito penal e processual penal infraconstitucional, de institutos e técnicas que desautorizam os princípios constitucionais (ex: tipos criminais vagos e indeterminados, previsão de crimes de suspeito, lesões ao contraditório e à presunção de inocência²⁵);
- b) na formação de uma espécie de direito penal e processual “especial e administrativo”, notadamente a cargo da polícia, mas também de parte da magistratura, que prevê uma série de sanções “*ante, extra ou ultra delictum*” ou “*ante, extra ou ultra iudicium*” (ex: prisões preventivas, medidas de segurança, penas acessórias, medidas de prevenção e de ordem pública e inúmeros poderes instrutórios e de limitação cautelar da liberdade pessoal);
- c) no distanciamento entre previsões normativas e suas aplicações, na medida em que “as práticas judiciárias e ainda mais policiais escalam sempre em um degrau mais abaixo da lei”, porque submetidos a “contingentes imperativos de eficiência”²⁶.

As divergências apontadas formariam, ainda, espécies de subsistemas de direito criminal, todos de viés autoritário e permeados pela ampla discricionariedade

mer Sica et al. 4. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 16.

23 Ibidem, p. 17.

24 Ibidem, p. 18.

25 Todos os exemplos aqui mencionados são apresentados pelo próprio Ferrajoli.

26 Ibidem, p. 19.

judicial, por “meras razões de segurança” e por um modelo de justificação dos meios sobre os fins. Carvalho²⁷ assim resume a crítica e o posicionamento do garantismo penal do autor italiano:

[...] o discurso garantista propõe um saber (jurídico-político) alternativo ao neo-barbarismo defensivista capitaneado pelos movimentos hipercriminalizadores dos discursos de Lei e de Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva, potencializados pelas ideologias de Defesa Social. Hoje, o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova ‘guerra santa’ contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal. A perda do significado ilustrado do direito e a legitimação de novo irracionalismo, potencializado pelas teses neoliberais de Estado mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, redundam na solidificação de verdadeiro Estado Penal.

Dessa forma, é como discurso de resistência às novas tendências transnacionais no ramo do controle social, reflexo da reengenharia político-econômica, que exsurge a teoria garantista. Apresenta-se, pois, como saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações genocidas do direito e do Estado contemporâneo.

Como forma de assegurar a máxima correspondência entre a normatividade e a efetividade da tutela dos direitos, bem como no intuito de restringir o decisionismo judicial e as divergências referidas, Ferrajoli²⁸ constrói seu modelo de garantias penais e processuais penais em forma de dez axiomas base, seguindo uma técnica de “proposições de implicação” ou “condicionais”, e que possuem uma relação de interdependência recíproca. São as “regras do jogo fundamental”, nas palavras do próprio autor, pilares que atuam de forma sistêmica e concatenada. Os elementos que compõem as dez formulações são extraídos do direito penal e processual moderno: “*pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa*”.

Defende-se a ideia de que os dez postulados da sua teoria do garantismo penal são vistos como, em última análise, as condições para que haja uma responsabilização penal, vale dizer, cada um dos postulados é uma condição mesma, *per si*, que necessita ser verificada para que uma pessoa seja submetida a uma pena. Atuam assim, cada qual, como uma garantia jurídica, como *conditio sine qua non* que deve se fazer presente para que seja possível se chegar à responsabilidade penal e à aplicação da pena.

Outrossim, Ferrajoli destaca que os “axiomas garantistas” – que em conjunto formam o que ele denomina de “sistema garantista SG” – não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas, ou seja, não descrevem o

27 CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: a crise do direito e do processo penal, o garantismo jurídico, as teorias da pena, os sistemas de execução, a lei de execução penal, os conflitos carcerários, os direitos (de resistência) dos presos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 78-79.

28 FERRAJOLI, Op. cit., p. 89.

que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer. “Trata-se, em outras palavras, de implicações deônticas, normativas ou de dever-ser”²⁹, um “modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfativo”³⁰. O professor italiano, “por uma tradição escolástica”, segundo informa, apresenta em latim seus dez axiomas. São eles:

- 1) *Nulla poena sine crimine*;
- 2) *Nullum crimem sine lege*;
- 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*;
- 4) *Nulla necessitas sine injuria*;
- 5) *Nulla injuria sine actione*;
- 6) *Nulla actio sine culpa*;
- 7) *Nulla culpa sine iudicio*;
- 8) *Nulla accusatio sine accusatione*;
- 9) *Nulla accusatio sine probatione*;
- 10) *Nulla probatio sine defensione*.³¹

Tais máximas inicialmente apresentadas em latim são denominadas, posterior e respectivamente, da seguinte forma, que “ordenadas e conectadas sistematicamente [...] definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal”:

- 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação;
- 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação;
- 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade ³²(com destaques em itálico no original).

Esses dez princípios fundamentais, posteriormente, dão suporte ao surgimento, mediante silogismos, de “princípios derivados”, precisamente outros 45 teoremas. Exemplificativamente: “*nulla poena sine lege, nulla poena sine necessitate, nulla poena sine injuria, nulla poena sine defensione, nullum crimen sine necessitate, nullum crimen sine injuria, nullum crimen sine actione, nullum crimen sine culpa, nullum crime sine defensione*”³³. Como se vê, os teoremas derivados surgem de uma espécie de “cruzamento” entre os dez axiomas principais, estes últimos não deriváveis entre si. O conjunto completo configuraria o

29 FERRAJOLI, Op. cit., p. 90.

30 Ibidem, p. 91.

31 Ibidem, p. 91.

32 Ibidem, p. 91.

33 Ibidem, p. 92.

modelo penal garantista e cognitivo, cuja base filosófica é a limitação do poder penal absoluto. O autor destaca, ainda, que quanto maior for a força da concatenação entre todos os teoremas, tanto maior será a força de todo o conjunto e, assim, das prescrições garantistas.

De toda forma, há inegável destaque a um princípio regulador, aquele a quem Ferrajoli³⁴ afirma “caracterizar especificamente o sistema cognitivo SG” – o princípio da legalidade estrita. Por ele, que se volta ao legislador, quer se referir à reserva absoluta da lei na seara penal, de forma a garantir o resguardo da taxatividade e da precisão das formulações legais. É, assim, “uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter ‘constitutivo’ e não ‘regulamentar’ daquilo que é punível”³⁵. Em decorrência disso, dois efeitos fundamentais são extraídos: (i) a garantia dos cidadãos de uma esfera intangível da liberdade, surgida do fato de que somente pode ser punível o que está proibido em lei; (ii) a constatação da igualdade jurídica dos cidadãos perante o normativo legal, dado o fato de que os tipos puníveis serão sempre objetivos, jamais subjetivos.

Mas em resumo, todos os princípios fundamentais e derivados, que compõem e norteiam o sistema garantista SG, servem a uma particularmente interessante função: identificar o que o autor denomina de “desvio penal”³⁶. O sistema SG visa assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, afastando assim os decisionismos. Para tanto, pretende resgatar clássicos posicionamentos de origem iluminista: a limitação do poder punitivo e a tutela da pessoa contra a arbitrariedade. Seria, na expressão de Ippolito³⁷, um “neo-iluminismo penal”.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E O GARANTISMO PENAL: UMA APARENTE CONTRADIÇÃO

Acima se descreveu, em linhas gerais, o que se poderia denominar a versão “clássica” do garantismo penal, de orientação liberal e cuja linha mestra de atuação é a defesa das liberdades individuais do acusado de um crime frente aos possíveis abusos do poder público, sejam eles de ordem legislativa, executiva ou jurisdicional.

Os direitos individuais negativos, contudo, não são os únicos constantes de toda a complexidade de direitos fundamentais construídos historicamente. Sabe-se que eles evoluíram para desenvolver uma faceta de eficácia objetiva,

34 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93.

35 Ibidem, p. 39.

36 Ibidem, p. 38.

37 IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) da Unisinos**, p. 34-41, jan./jun. 2011. p. 37.

transformando a Constituição em uma ordem de valores que passou igualmente a exigir deveres ou imperativos de tutela estatal. Não basta apenas, agora, que o poder público observe os limites de sua atuação (na clássica postura de intocabilidade dos direitos de liberdade), mas se lhe cobra também a própria atuação em si mesma no sentido da promoção e garantia de direitos fundamentais, mormente em face da agressão de terceiros.

Os ditos direitos de segunda geração, ou dimensão, conectados à realização do princípio da igualdade e do desenvolvimento da perspectiva social ou coletiva da humanidade, estão na gênese dessa transformação³⁸. E com o desenvolvimento destes eles passam a ser tão justificáveis quanto os da primeira, ampliando significativamente o rol de direitos fundamentais:

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criados”, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração³⁹ (com destaques no original).

De algoz dos direitos fundamentais, o Estado passa ser o promotor, executor e protetor deles. Agora, a omissão estatal, ou a sua atuação de forma deficiente, aparecem como novas mazelas a serem combatidas, vez que dos poderes públicos se espera a garantia e a promoção de vários direitos de cunho social, dentre eles o direito à segurança. Nesse sentido, vítimas, familiares dessas, e mesmo a própria coletividade, não somente esperam, mas têm mesmo justo e legítimo interesse em ver a atuação estatal de promoção da segurança – seja em viés preventivo, seja em viés repressivo – se efetivar, tendo esta expectativa sido contemplada pelo Constituinte.

Neste sentido, por mais que nosso texto Constitucional tenha surgido em um momento de democratização orientado pela resistência ao autoritarismo ditatorial, e, assim sendo, tenha se recheado justificadamente de um catálogo sem número de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, não olvidou o Constituinte de reconhecer a imprescindibilidade do Direito Penal, do controle social que ele implica e da importância de o Direito atuar na proteção de bens jurídicos caros.

Com a construção dos mandamentos de criminalização, sejam eles de conteúdo prescritivo ou impeditivo⁴⁰, a Constituição reconheceu indubitavelmente a importância da utilização do controle penal como instrumento garantidor da coexistência das liberdades⁴¹, não só determinando a criminalização de determinadas condutas diretamente, como também conferindo um posicionamento axiológico

38 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

39 Ibidem, p. 567.

40 LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

41 Ibidem.

superior a determinados bens jurídicos (vida, liberdade etc.) que implicam que um comando ao legislador que o ponha em um patamar superior de proteção, criminalize as condutas que contra eles atentem e garanta ao cidadão o direito de usufruí-los.

Assim o fazendo, o Constituinte determinou, através de normas fundamentais de natureza principiológica, a otimização da atividade estatal para que orientasse suas ações e políticas no sentido de punir estas condutas aprioristicamente reprováveis, e proteger, na maior medida possível, estes valores contra atos criminosos. Para além, a Constituição Federal ainda fez questão de fazer constar em seu preâmbulo e no *caput* dos arts. 5º, 6º e 144, o direito fundamental à segurança, individual e pública.

Há uma dificuldade de se abstrair o conteúdo normativo do direito fundamental à segurança pública, especialmente pelo fato de a doutrina penal, ou mesmo constitucionalista, pouco se debruçar sobre sua conceituação ou a extensão de sua eficácia. Souza Neto⁴² acertadamente identifica que o direito à segurança pública é usualmente visto por uma de duas perspectivas: ou como uma missão institucional de natureza bélica, em que o cidadão-criminoso é visto como um inimigo que necessita de extermínio, ou por um viés democrático de serviço público, em que o cidadão (sem distinção) é o destinatário de uma proteção. Uma distinção ideológica de perspectiva, mas que, por si só, não conduz necessariamente à uma conceituação.

No documento que é considerado o berço dos direitos fundamentais liberais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o direito à segurança é apresentado como um dos quatro direitos naturais e imprescritíveis do homem, ao lado da liberdade, propriedade e resistência à opressão, sendo suas conservações o objetivo de toda e qualquer associação política⁴³. Não há, neste momento histórico, uma conceituação, sendo ela apresentada apenas na Constituição jacobina de 1793, em que a segurança é definida como “a proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”⁴⁴.

É inescandível, entrementes o vínculo permanente entre segurança e a própria liberdade. Evidenciando esse liame fez ver a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

42 SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 8, p. 19-73, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32891-40950-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

43 FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

44 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Em sentido amplo a liberdade seria a capacidade de fazer e não fazer tudo legalmente permitido. Em outras palavras, é o direito de todos a organizar, nos termos da lei, a sua vida individual e social de acordo com as suas próprias escolhas e convicções. **A segurança, ao seu turno, seria a ausência de distúrbios que restrinjam ou limitem a liberdade para além do razoável.**⁴⁵ (Destacamos).

Nesta faceta que pode ser compreendido o vocábulo segurança contido no preâmbulo e nos arts. 5º e 6º do texto constitucional, como um direito social que implica uma prestação positiva do Estado, e da sociedade como um todo, no sentido de garantir aos cidadãos um ambiente propício para a preservação e usufruto de todos os seus outros direitos, potencializando a liberdade que teorias como o Garantismo Penal pretendem resguardar. Neste sentido, como conclui Souza Neto⁴⁶, não há como interpretar o direito à segurança pública senão sob o viés democrático orientador de todo o restante do texto constitucional.

Nucci⁴⁷ destaca que, embora a grande parte do enfoque do que se chama de segurança pública seja a prevenção da ocorrência de crimes, ela não se resume a isto, sendo um direito ligado ao bem-estar social, à paz e à ordem da comunidade em diversos níveis e acepções, dentre eles o de estar livre da atividade criminosa. Neste aspecto, entretanto, decerto que o direito fundamental à segurança, pública ou individual, não se garante apenas com a prevenção do crime, no sentido de atividades de política criminal destinadas a mitigar eventuais fatores criminógenos identificados em determinada comunidade, mas igualmente com sua repressão, como idealizado pelo texto constitucional.

A liberdade de pessoas que cometem crimes graves, põe em risco os bens jurídicos aos quais a Constituição conferiu superioridade axiológica, já que estimula o ofensor a continuar a ofendê-los, bem como macula a paz e a ordem da comunidade que não sente mais confiança nas estruturas do Estado para protegê-la e tenderá ao justiciamento privado, gerando desordem ao invés de ordem.

A segurança pública entraria, portanto, no que se chama de direitos fundamentais a prestações, ou direitos fundamentais positivos. Com Mendes⁴⁸:

A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. Observe-

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. **Sentencia de 21 de noviembre de 2007**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015, p. 13.

46 SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 8, p. 19-73, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32891-40950-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

47 NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

48 MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta podem revelar-se afrontosas aos direitos fundamentais. É o que se verifica, v.g., com os direitos à prestação positiva de índole normativa, inclusive o chamado direito à organização e ao processo (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) e, não raras vezes, com o direito de igualdade.

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fácticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto direitos de defesa (*status libertatis e status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

Ao olhar descuidado, poderia parecer, então, que não há como conciliar o respeito aos ideais estabelecidos pela teoria do garantismo penal e a necessária atuação estatal em prol da segurança da coletividade; ou seja, que não haveria convergência entre a proteção da sociedade com a proteção do indivíduo que a violou.

Neste ponto, o que se verifica não é necessariamente uma contradição ou confronto, no sentido de serem paradigmas ideológicos que, aplicados isoladamente, conduzam a conclusões diversas. Um processo orientado pelos axiomas garantistas não conduz, por si só, a um processo ineficiente, à impunidade e à exposição da sociedade ao risco e aos danos do crime. Ademais, a proteção que o direito fundamental à segurança pública aspira se revela igualmente na garantia de não sermos privados de nossa liberdade pelo Estado sem o devido processo legal, assegurado este a partir de uma perspectiva garantista.

O que tem conduzido a uma noção de conflito é o fato de esta visão global e coletiva não estar contemplada na maior parte dos estudos garantistas hodiernamente realizados, preocupados em excesso com as violações a direitos individuais que olvidam observar os danos causados aos direitos sociais e de prestação positiva. Para tanto, surge a necessidade do desenvolvimento de uma nova visão da teoria do garantismo que, não desvirtuando os seus preceitos básicos e sua contribuição para a consolidação de um direito penal liberal democrático, possa ser conciliada com um respeito a direitos outros, de ordem coletiva e igualmente reconhecidos no texto constitucional.

3 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL COMO TESE CONCILIATÓRIA

Parece-nos, como ficou claro, que a doutrina de Ferrajoli padece de uma incompletude, ao olvidar-se das atribuições positivas estatais, vale dizer, das exigências que o constitucionalismo moderno passou a requerer do Estado em termos de imperativos de proteção ou de tutela, deixando desassistidos em seus estudos direitos fundamentais, como o da segurança pública.

Essa “postura ativa” estatal pode-se mostrar em diversos flancos, como por exemplo na necessidade de proteção por via normativa (a existência de uma lei que discipline uma determinada garantia ou crie ritos processuais mais eficientes v.g.), por via executiva (na implementação mesma dos deveres de proteção e no melhor gerenciamento dos recursos de segurança pública) ou ainda por intermédio judicial (na medida em que o Judiciário funcionaria como último guardião do direito ameaçado).

A concretização dos direitos exige, não raras vezes, um dever constitucional de atuar. “Não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit vom...*), mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (*Freiheit durch...*)”, nas palavras de Krebs⁴⁹. A liberdade da tirania do Estado, idealizada pela perspectiva liberal, de nada ou pouco significa se permanecermos restritos em nosso ir e vir pela proliferação da criminalidade, impedidos de usufruirmos livremente dos direitos fundamentais que nos são garantidos pelo texto constitucional.

É exatamente desse novo ponto de vista, no qual se aguarda e se requer a justa atuação estatal (nem demasiada, nem deficitária), que parcela da doutrina nacional faz ressaltar o que seria um novo aspecto da doutrina garantista, denominado de “garantismo positivo”⁵⁰. O garantismo positivo atuaria ao lado do já mais conhecido garantismo (penal e processual), em seu viés tradicional, baseados nas lições de Luigi Ferrajoli. A proposta liberal explorada pelo autor, na qual sobressaem os direitos do indivíduo frente ao Estado, passa a receber a designação de “garantismo negativo”⁵¹, como referência aos deveres de não atuação Estatal presentes em seus postulados.

49 Apud MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

50 FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4. Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 8 out. 2017

51 As expressões “positivo” e “negativo”, agora associadas ao garantismo, não estão aqui em um sentido de qualificação, vale dizer, nem o termo “positivo” quer significar aquilo que é bom, correto, favorável, e nem o termo “negativo” tem conotação de algo prejudicial, nocivo ou pejorativo. As expressões referem-se à necessidade, ou não, de uma atuação estatal. 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**, Ano

Ambas as dimensões (positiva e negativa) consubstanciariam – agora juntas – o denominado garantismo penal “integral”, no qual “o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança”⁵². Propõe-se, assim, uma forma de visualização da doutrina garantista de maneira mais equilibrada, que não somente observa um dos polos da relação (o do investigado/réu), mas também os contrabalança com os direitos e expectativas dos entes que estão no polo contrário: vítimas, seus familiares e a sociedade atingida.

A necessidade de um garantismo equilibrado nasce especialmente de uma crítica que observa que uma leitura isolada do garantismo tradicional (tido como “negativo”) torna desequilibrado o sistema de justiça penal, além de não efetivar várias das promessas constitucionais modernas (notadamente àquelas ligadas aos direitos sociais, econômicos e culturais). Afirmar-se que haveria a observação e promoção, tão somente, de um dos polos da equação, que teriam (unicamente) suas reivindicações atendidas.

Nesse sentido, ter-se-ia um indesejado “garantismo hiperbólico monocular”, na expressão cunhada por Fischer⁵³. Monocular, porque apenas a um dos lados enxerga, aproveita; hiperbólico, porque sua medida destoa do que se espera razoável, restando excessivamente desequilibrada essa balança que contrapõe direitos de defesa e direitos de vítima/acusação. Em suma, assim se manifesta a citada crítica:

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados.

[...]

Se compreendidos sistemicamente e contextualizados à realidade vigente, há se ver que os pilares do garantismo não demandam a aplicação de suas premissas unicamente como forma de afastar os excessos injustificados do Estado à luz da Constituição (proteção do mais fraco). Quer-se dizer que não se deve invocar a aplicação exclusiva do que se tem chamado de “garantismo negativo”. Hodiername (e já assim admitia Ferrajoli embrionariamente, embora não nessas pa-

XXXII, n. 97, mar. 2005.

52 FISCHER, Douglas. O que é o garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; ____; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. 2. ed., ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 40.

53 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 4. Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 8 out. 2017.

lavras), o garantismo penal não se esgota numa visão de coibir (apenas) excessos do Leviatã (numa visão hobesiana)⁵⁴.

Streck⁵⁵ é outro autor que de forma semelhante traz críticas a essa visão unilateral do garantismo. Dando ênfase ao que seria uma espécie de visão preconceituosa em relação às atividades estatais, destaca que:

Os penalistas liberais-iluministas continuam a pensar o Direito a partir da ideia segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor, e o Direito (Penal) teria a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, boa parte dos penalistas aqui denominados de liberais-iluministas, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora – continuam a falar na mítica figura do Leviatã, repristinando – para mim de forma equivocada – a problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade, dicotomia/separação Estado-Sociedade.

A crítica, ainda segundo Streck⁵⁶, se estende à doutrina nacional que isoladamente cuida apenas do prisma negativo garantista. Em sua ótica, estaria se olvidando da função em si mesma do Direito Penal – a proteção de bens jurídicos fundamentais (como corrente em parte da doutrina). A atuação dos poderes públicos aquém de tal relevante função comprometeria, por deficiência, a preservação de direitos. Assim:

[...] parcela expressiva do segmento que abriga os penalistas críticos brasileiros fazem essa leitura do garantismo tão-somente pelo viés negativo. Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). Tais questões ficam bem claras a partir da discussão da descriminação do aborto na Alemanha, problemática igualmente debatida no plano da justiça constitucional na Espanha e em Portugal.

54 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 4. Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 8 out. 2017.

55 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**, Ano XXXII, n. 97, mar. 2005.

56 Ibidem.

Já Feldens⁵⁷ acrescenta um ponto de vista que seria o do uso desvirtuado da expressão “garantismo”, ao afirmar:

No Brasil, sua distorcida difusão [do garantismo] revela-se frequentemente associada a discursos críticos em torno do sistema jurídico-penal, servindo, inclusive, a um etiquetamento maniqueísta de profissionais do Direito (professores ou operadores), estereotipados como “garantistas” ou “antigarantistas” a partir de uma postura mais ou menos liberal que assumam uma relação à intervenção penal.

E arremata:

O ápice da imprecisão [terminológica] se evidencia quando discursos radicalmente opostos, de matizes abolicionistas e sociodefensivistas, autoproclamam-se, ambos, garantistas. Se algo breve deve aqui ser dito é que o garantismo não está em nenhum deles⁵⁸.

Na doutrina estrangeira também se colocam restrições à doutrina do garantismo penal de Ferrajoli, pelo menos em sua leitura mais tradicional. Em texto no qual discute as possibilidades de a teoria garantista cumprir com o desejo de efetivação dos direitos sociais, Miguel Carbonell⁵⁹ chega a afirmar:

[...] em algunos aspectos, la teoría garantista de Luigi Ferrajoli se nos presenta como un paradigma inacabado, como una obra todavía a medio camino, a la que hacen falta ulteriores definiciones, que solamente han sido enunciadas pero no explicadas ni desarrolladas por su autor.

A observação do autor mexicano parece dever-se ao fato da obra seminal de Ferrajoli pouco se ater a como se dará a preservação dos direitos sociais, como a segurança pública e – aqui se acrescenta – a preservação dos direitos das vítimas. Somente com uma espécie de expansão do modelo garantista, oriunda de uma visão mais global de proteção de direitos, que se conseguiria abarcar igualmente a tutela de tais direitos fundamentais. Fischer⁶⁰ chega a destacar que, de certa forma, Ferrajoli parece ter concordado com a crítica construtiva de Carbonell, ao expressamente admitir, em obra posterior⁶¹, que:

57 FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

58 Ibidem.

59 CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. **Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana**, n. 34. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). 2004. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/issue/view/656>>. Acesso em: 10 out. 2017.

60 FISCHER, Op. cit., 2013.

61 A afirmação foi retirada da seguinte obra: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia”. Madrid: Trotta, 2006.

el paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos e en ámbito internacional y nó solo estatal ⁶².

Esse posicionamento parece confirmar a procedência das críticas que advogam a necessidade de uma leitura mais abrangente dos postulados garantistas clássicos. Vale destacar que o autor italiano reconhece um certo acanhamento da teoria apresentada face aos desafios de implementação dos direitos sociais: “as teses formuladas neste livro acerca das garantias penais e processuais dos direitos de liberdade são apenas em parte extensíveis aos direitos sociais”⁶³. Para ele, apenas dois princípios, ainda assim reforçados pelos “devidos acréscimos”, serviriam a um “alcance garantista de caráter geral”, que assim poderiam atuar como possíveis garantias aos direitos sociais – princípio da legalidade e o princípio da submissão à jurisdição⁶⁴.

Nesse particular, a leitura clássica da teoria do garantismo penal de Ferrajoli não estaria em compasso com os novos rumos do (neo)constitucionalismo, pelo menos não em sua inteireza. Desde o advento e desenvolvimento do dito modelo de Estado Social, com o surgimento do papel estatal de promoção de direitos, é fato que os poderes públicos passaram a ter muito mais do que meras obrigações negativas. A formatação da eficácia objetiva dos direitos fundamentais e o surgimento da dita ordem de valores, outrossim, reforçaram com tintas grossas tal constatação. É que o Estado Democrático de Direito não é um estado liberal, nem social é uma síntese, em uma linguagem hegeliana, dos dois modelos. Ao consagrar a junção dos princípios próprios do segundo e dos princípios inerentes ao terceiro, o Estado Democrático de Direito traduz-se, dialeticamente, numa superação dos dois modelos. Nessa concepção, ele não é mais neutro e menos ainda “inimigo dos direitos fundamentais”, todavia passa a ser presente na assistência dos próprios direitos, vistos, não só e sempre, como “direitos contra o Estado”, mas também “através do Estado”.

Perceba-se como é marcante no pensamento ferrajoliano a visão descrente das possibilidades de boas atividades estatais. Há um forte componente pessimista do poder impregnado em sua teoria, compreendendo o Estado sempre como um mal⁶⁵. O autor chega a afirmar, inclusive, textualmente que “o pressuposto do garantismo é sempre uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha tende, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de

62 FISCHER, Op. cit., 2013, p. 35.

63 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 844.

64 Ibidem, p. 844.

65 FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

limites e garantias, a degenerar em despotismo”⁶⁶. Feldens⁶⁷ destaca como essa concepção estatal destoa da de Alexy, que assim já expressou:

*Cuando hay un derecho moral, por tanto, un derecho fundamenteable frente a todos, como el derecho a la vida por ejemplo, entonces debe haber también un derecho fundamenteable frente a todos a la creación de una instancia común para hacer cumplir aquel derecho. De otro modo, el reconocimiento de derechos morales no sería un reconocimiento serio, lo que sería contrario a su carácter fundamental y prioritario. La instancia común que ha de establecerse para el cumplimiento de los derechos humanos es el Estado. Por lo tanto, existe un derecho humano al Estado. Con el establecimiento de un Estado como instancia de cumplimiento, los derechos morales que tienen los individuos frente a otros se transforman en derechos del derecho positivo con contenidos iguales. Adicionalmente, surgen los derechos de los individuos a defensa, protección y procedimiento frente al Estado como derechos nuevos*⁶⁸ (com destaque no original).

Essa compreensão da figura estatal parece não se coadunar com o novo posicionamento e as novas tarefas do Estado exigidas. Afirmar-se a importância da preservação e resguardo dos direitos negativos é uma coisa, com a qual praticamente todos concordam; outra coisa é o fato de, *pari passu*, o Estado cumprir com seus encargos de tutela de direitos, notadamente os sociais. As possibilidades de ambos os pleitos serem atendidos é plenamente possível, ou pelo menos deve ser o ideal a ser buscado.

Por isso, a visão que postula uma leitura “integral” do garantismo surge da necessidade de se oferecer proteção a bens jurídicos individuais e coletivos, vale dizer, proteger interesses dos acusados/réus e ao mesmo tempo interesses da sociedade. É fundamental evitar-se excessos (vertente essa afeta ao garantismo negativo), mas, também, é fundamental evitar-se a deficiência de atuação: se não somos o lobo hobbesiano, muito menos somos, ainda que no estado natural, o bom homem de Rousseau. Nas sociedades complexas atuais o ser humano revela ainda mais sua complexidade e não podemos deixar cada qual à sua sorte. Nesse último sentido, o garantismo integral aproxima-se do princípio que veda a insuficiência da proteção estatal.

66 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 816.

67 FELDENS, Op. cit.

68 ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. **Derechos y Libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, v. 8, p. 21-42, jan./jun. 2000. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10016/1372>>. Acesso em: 17 out. 2017.

4 O GARANTISMO INTEGRAL E A VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

Investigando as possíveis raízes dessa unilateralidade de interpretação garantista que ocorreu especialmente no Brasil, Fischer⁶⁹ observa que isso se deveu aos momentos autoritários de outrora, rompidos pela Carta da República de 1988.

Com efeito, com a Constituição simbolicamente referida como “cidadã” o Brasil rompia anos de uma política autoritária gestada por sucessivos governos militares. Anos nos quais se viu um Estado hipertrofiado, cujo braço repressor avançava sem maiores freios nos direitos e nas liberdades individuais. O novo momento constitucional estabeleceu, assim, novos paradigmas político e social, resgatando a prevalência do indivíduo face aos interesses estatais. Era natural que a doutrina prevalente e as práticas jurisdicionais que se seguiram ao marco de 1988 trouxessem ênfase aos direitos individuais. Assim:

Estabelecidos então novos marcos *teóricos* sociais, políticos e também jurídicos, a partir da metade da década de 1990 começaram a surgir manifestações doutrinárias mais enfáticas fazendo coro à necessidade de aplicação, também no Brasil, da *doutrina de garantias*. Em síntese inicial, não mais poderiam ser aplicáveis inúmeros dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais que se apresentassem completamente incompatíveis com as *garantias* fundamentais dos cidadãos e que estivessem estampadas numa Constituição democrática⁷⁰ (com destaques em itálico no original).

O reajuste do equilíbrio das forças era não só devido, como extremamente necessário. A segurança pública, à época, era vista em sua perspectiva bélica como instrumento de guerra do Estado Militar para manutenção do *status quo* e perseguição dos opositores políticos. A redemocratização do Estado implicava, necessariamente, a redemocratização do aparato legislativo que o amparava.

Na seara criminal, por exemplo, basta ver o enorme quantitativo de leis e reformas que se seguiram à Constituição de 1988 quer no campo material, quer no campo processual. Uma expressiva parcela das alterações normativas desde então ocorridas buscaram (como ainda buscam) realinhar a legislação infraconstitucional aos paradigmas fundados pela nova Carta, notadamente no sentido de garantir uma maior proteção aos indivíduos e impor freios às demasias da perseguição penal.

Entrementes, ao garantir os direitos negativos fundamentais individuais, tal como defendido pela visão clássica do garantismo penal ferrajoliano, não pode o Estado olvidar-se de seus deveres de tutela com a segurança pública, cuja atuação é requerida pela nova ordem objetiva de valores, consagrada no texto

69 FISCHER, Douglas. O que é o garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; _____; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. 2. ed., ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 29-56.

70 FISCHER, Op. cit., 2013, p. 26.

constitucional e exigida pelo princípio da proporcionalidade na sua vertente de vedação à insuficiência. Nem o Estado pode disso esquecer, e nem os cidadãos – acrescenta-se – a quem a Constituição brasileira incumbiu, concorrentemente, a responsabilidade pela segurança de seus pares.

Precisamente essa é a visão que propõe um panorama integral do garantismo. Espera-se o absoluto respeito não só aos direitos fundamentais individuais e coletivos, mas também aos deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. Nada obstante, não é raro se ver nos dias atuais certa distorção da inteireza dos 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)”⁷¹. Interessante é a observação de que tais distorções terminam por produzir um incremento de desigualdade, na medida em que, como assevera com precisão Sarlet:

[...] o garantismo penal na sua dimensão negativa acaba não raras vezes privilegiando a elite econômica ou as classes mais influentes da sociedade, deixando de criminalizar (ou mesmo descriminalizando) delitos de cunho econômico e tributário, que por vezes prejudicam a sociedade como um todo e se revestem de alto potencial ofensivo, mas quem em regra, não cometidos pelos integrantes dos grupos marginalizados, bastando aqui o registro da tendencial descriminalização, entre nós, dos delitos contra a ordem tributária, de constitucionalidade questionável se formos analisar a questão à luz da teoria dos deveres de proteção do Estado⁷².

As funções legislativas, executivas e judiciais deverão, assim, se guiar não somente pela proibição do excesso em face dos direitos fundamentais, mas também não poderão restar aquém da proteção devida (e esperada). O Estado, antes absenteísta, é visto agora, mormente nos países periféricos, como o responsável pelo cumprimento das promessas da modernidade. Na busca de tais promessas, previstas em número farto no atual texto constitucional, podem ser encontradas as balizas de atuação das searas penal e processual penal. Com Streck⁷³ (2005):

[...] podem ser encontrados os limites do sentido e o sentido dos limites do Direito Penal, a partir do teorema da proporcionalidade que sustenta (ess)a sua (nova) função no Estado Democrático (e Social) de Direito, em dois pilares: a (ampla) possibilidade de sindicância de índole constitucional não somente de normas penais violadoras da cláusula da proibição de excesso (*Übermassverbot*), como

71 Ibidem, p. 27.

72 SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. jul. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 out. 2017.

73 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**, Ano XXXII, n. 97, mar. 2005.

também das normas penais que violem o princípio da proporcionalidade por proteção deficiente (*Untermassverbot*).

A justa medida da atuação dos poderes públicos na seara criminal passa a ser o problema central a ser enfrentado pela doutrina das garantias. O encontro do equilíbrio ideal, do ponto central, que nem reflete um agir demasiado estatal (via excesso) mas também não configura uma insuficiência de atuação, volta à ordem do dia, numa moderna releitura do conflito *jus libertatis v. jus puniendi*.

A diferença agora é que o *jus libertatis* mostra-se mais fundamentado e arraigado do que nunca; e o *jus puniendi* não é mais visto como derivado de uma potestade estatal, mas decorrente da necessidade de se garantir proteção eficaz às vítimas, aos familiares dessas e à coletividade. Em última análise, há um conflito de direitos fundamentais, vez que direitos assim qualificados se mostram presentes em ambos os polos da equação jurídico-processual-penal.

É a partir daí que o princípio da vedação à proteção deficiente encontra no processo penal brasileiro um campo de algumas possibilidades de aplicação, especialmente em face de previsões procedimentais gestadas no final da década de 30, início dos anos 40⁷⁴. Deveras, a realização de um processo penal – justo e respeitador dos núcleos dos direitos fundamentais do acusado/réu, ressalte-se com todas as letras – mas também *eficiente*, sob o ponto de vista da persecução penal, é medida não de fetichismo por resultados, mas sim concretizadora de importantíssimos direitos fundamentais: à liberdade e à segurança.

Vale destacar que a Constituição de 1988 é tida por dirigente e compromissária. Assim sendo, leva ao estabelecimento de uma direção que vincula a sociedade e o Estado, acarretando “compromissos e inexoráveis consequências no campo da formulação e aplicação das leis”⁷⁵, entre eles o campo jurídico-criminal. A conclusão a que chega o autor gaúcho é a de que:

[...] continuo a insistir (e acreditar) que todas as normas da Constituição têm eficácia, e as assim denominadas normas “programáticas” - como as que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. - comandam a atividade do legislador (inclusive e logicamente, do legislador penal), buscando alcançar o objetivo do constituinte. Esse comando (ordem de legislar) traz implícita - por exemplo, no campo do Direito Penal - a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas.

Nesse intuito, como princípio de estatura constitucional (seja pelo dever de tutela estatal, seja como matiz do princípio da proporcionalidade), a vedação da proteção insuficiente pode (e deve) servir como parâmetro de aferição de constitucionalidade das leis, podendo essa inconstitucionalidade também

74 O texto original de nosso Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689), em sua maior parte ainda em vigor, foi publicado em outubro de 1941.

75 STRECK, Op. cit.

ser, como é possível ocorrer no Brasil, declarada em via de controle difuso de constitucionalidade.

As possibilidades de tais exercícios emanam do próprio texto constitucional, notadamente da necessidade de sua concretização. Na tarefa do legislador, do executor e do julgador, não se pode olvidar jamais da missão maior: efetivar os dizeres constitucionais. Tarefa que, evidentemente, não é diversa na seara penal e nem na processual penal. A descriminalização de condutas ofensivas a direitos fundamentais, por exemplo, não é atividade a ser livremente trilhada pelo legislador sob uma inexistente absoluta liberdade de conformação legislativa. “O direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso”, anota Streck⁷⁶. De forma bastante sintética, Sarlet⁷⁷ é preciso nesse ponto:

[...] os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. Ainda que aqui nos estejamos situando no terreno da obviedade e que não se trate, neste contexto, propriamente de um reforço autônomo da juridicidade dos direitos fundamentais, já que toda norma constitucional, inclusive as que outorgam direitos subjetivos, necessariamente pode servir (em maior ou menor grau) de referencial para a aferição da validade do restante do ordenamento jurídico, julgamos oportuno frisar que também esta consequência se encontra vinculada à condição de direito objetivo peculiar a todos os direitos e princípios fundamentais, sendo versada habitualmente no âmbito de uma eficácia negativa das normas constitucionais.

Por essa razão, as atividades estatais relacionadas ao sistema penal (legislativa, executiva e judiciária) devem ter em vista a necessidade de incluir em seus espectros de consideração funcional a eficiência da persecução, sob pena de esvaziar de normatividade preceitos constitucionais caros, relacionados a direitos fundamentais de matriz positiva construídos historicamente como salvaguarda à segurança e ao bem-estar dos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos direitos fundamentais das vítimas de crime, de seus familiares e da sociedade não precisam conflitar com a proteção dos acusados contra os arbítrios estatais no processo penal. Tamanha obviedade parece passar ao largo de discussões acadêmicas processuais penais, à medida em que uma polarização

76 STRECK, Op. cit.

77 SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. jul. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 out. 2017.

ideológica torna escassa a invocação dos axiomas garantistas desacompanhada de uma argumentação deslegitimadora do direito penal, ou a defesa de direitos sociais de segurança pública sem um menosprezo à legalidade e às liberdades individuais consolidadas.

As prestações estatais legislativa, executiva e jurisdicional devem se guiar a partir de um garantismo penal integral, compreendido como uma conjugação de uma teoria político-jurídica de matriz liberal protetora das garantias e liberdades individuais a uma perspectiva positiva de ação estatal destinada à segurança de seus cidadãos. Apenas a busca pelo equilíbrio entre estas visões se justifica democraticamente.

Decerto que a tarefa pormenorizada excede os limites deste artigo. Entretanto, cada vez mais essencial a construção e o robustecimento de uma base ideológica que supere o extremo negativo usualmente relacionado ao garantismo penal. A aplicação dos direitos fundamentais implica não só a proibição do excesso no comprometimento de seus campos de eficácia, como deve visar a proibição de proteção deficiente, garantindo que os direitos de matriz negativa e positiva sejam integrados em uma atuação estatal verdadeiramente garantidora.

Por derradeiro, não é possível esquecer a advertência de Betiol⁷⁸. Para o autor, também peninsular, carecemos trabalhar para banir as mitologias no campo das ciências jurídicas e da legislação, deixando de lado a fantasia dos demiurgos. Devemos trabalhar, responsavelmente, para reduzir os problemas causados pela criminalidade, “convencidos, porém, de que o homem arrastará por toda a vida a propensão para o delito e o peso que ele representa, do mesmo modo que a rosa tem na haste o espinho acuminado que faz sangrar a mão de quem a corta da roseira florida”.

78 BETIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Ricardo Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 242-243.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. **Derechos y Libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, v. 8, p. 21-42, jan./jun. 2000. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10016/1372>>. Acesso em: 17 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENTO, Patricia Stucchi. Garantismo na investigação policial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3217, 22 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21578>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BETIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Trad. Ricardo Gama. Campinas: LZN, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. **Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana**, n. 34. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). 2004. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/issue/view/656>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: a crise do direito e do processo penal, o garantismo jurídico, as teorias da pena, os sistemas de execução, a lei de execução penal, os conflitos carcerários, os direitos (de resistência) dos presos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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 4. Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 8 out. 2017

_____. O que é o garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; ____; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. 2. ed., ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 29-56.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da>>

-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 12 nov. 2017.

IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) da Unisinos, p. 34-41, jan./jun. 2011.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MORO, Sérgio Fernando. Direito fundamental contra o crime. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional brasileiro**: teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 559-581.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PISSARELLO, Gerardo; SURIANO, Ramón. Entrevista a Luigi Ferrajoli. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 9, p. 187-192, oct. 1998. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/entrevista-a-luigi-ferrajoli-0/>>. Acesso em: 11 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. jul. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 out. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 8, p. 19-73, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32891-40950-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

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**, Ano XXXII, n. 97, mar. 2005.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista eletrônica da Faculdade de direito de Franca**, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em <www.direitofranca.br>. Acesso em: 22 jan. 2018.

