



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

MARCIAL DUARTE COELHO

**DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA  
PROTEÇÃO DEFICIENTE: POSSÍVEIS IMBRICAÇÕES NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO**

Maceió/AL  
2018

MARCIAL DUARTE COELHO

**DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA  
PROTEÇÃO DEFICIENTE: POSSÍVEIS IMBRICAÇÕES NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Maceió/AL  
2018

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**

Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante – CRB:1664

C672d Coêlho, Marcial Duarte.

Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição da proteção  
Deficiente: possíveis imbricações no processo penal brasileiro/ Marcial  
Duarte Coêlho. Maceió, – 2018.  
155 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de  
Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em  
Direito. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 145-155.

1. Direito à segurança. 2. Processo penal. 3. Proibição da proteção  
deficiente. 4. Garantismo. I. Título.

CDU: 342



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD  
MESTRADO EM DIREITO



MARCIAL DUARTE COELHO

“DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE: possíveis imbricações no Processo Penal Brasileiro.”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

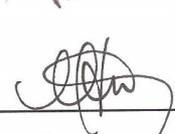
Orientador: Prof. Dr. ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS LIMA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

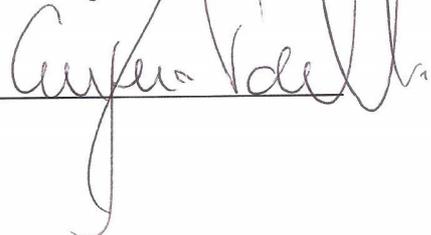
Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (UFAL)

Julgamento: 10 (distinção) Assinatura: 

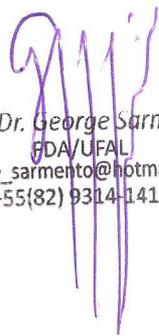
Prof. Dr. Hugo Leonardo Rodrigues Santos (UFAL)

Julgamento: 10 (distinção) Assinatura: 

Prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira (convidado externo/UFMG)

Julgamento: 10 (distinção) Assinatura: 

Maceió, 11 de junho de 2018.

  
Prof. Dr. George Sarmiento  
FDA/UFAL  
george\_sarmiento@hotmail.com  
+55(82) 9314-1414

Dedicada ao pequeno *Theo*,  
que com a candura do olhar e a graça do sorriso,  
torna-me muito mais eu.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos companheiros do programa de mestrado, que não só durante essa jornada, mas mesmo antes dela, fizeram-na mais simples, leve e enriquecedora.

Aos abnegados servidores técnicos e biblioteconomistas do Ministério Público Federal, em especial Vera Lôide, Luiz Oliveira, Juliana Freitas, Valdineis Oliveira e Larissa Melo, que tiveram papel decisivo nesta pesquisa.

Aos professores Elaine Pimentel, Andreas Krell e Hugo Leonardo Santos, pelas valiosas contribuições e observações acerca deste trabalho.

Ao professor Alberto Jorge Correia de Barros Lima, compreensivo orientador desde sempre dessa jornada, pelos empurrões, dicas e debates temáticos iniciais, além das incontáveis colaborações ao longo desses mais de dois anos.

Ao revisor ortográfico deste trabalho, o professor e poeta Sidney Wanderley, que mesmo na undécima hora gentilmente empregou seu concorrido tempo e sua excepcional qualidade técnica a estas páginas.

Aos meus pais e irmãs, a quem eu não canso de afirmar que, sem eles, nada disso teria virado realidade.

À minha família, em especial à Carol, Lelê e Theo, pela compreensão da ausência para o exercício solitário da leitura, da pesquisa e da escrita.

*“El Derecho procesal penal es el sismógrafo  
de la Constitución del Estado.”*

Claus Roxin

## RESUMO

Constata-se, no Brasil, uma significativa escalada delitiva nos últimos trinta anos. Ao contrário de alguns outros países, a sensação de insegurança aqui ocorrente tem bases concretas e objetivas em que se fundamentar. Ao lado disso, a persecução penal desempenhada no país mostra-se morosa, burocrática e ineficiente, o que resulta em grandes números de impunidade. O direito à segurança, dessa forma, não vem tendo a devida concretização, nada obstante possa ser enquadrado como um “direito fundamental”. Essa qualificação atrai as potencialidades da dita dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os consequentes deveres estatais de tutela. Nesse sentido, qualquer omissão estatal ou atuação aquém da esperada implica um odioso déficit de normatividade. Denomina-se princípio da proibição da proteção deficiente a doutrina que, com raízes na proporcionalidade, destaca os deveres estatais de implementar, nas searas executiva, legislativa e/ou judicial, as bases de realização e proteção dos direitos fundamentais. No processo penal, o referido princípio relaciona-se com os debates a respeito da amplitude da doutrina penal do garantismo, de autoria do italiano Luigi Ferrajoli. Destacam-se o garantismo penal clássico, a teoria geral do garantismo e o movimento, ocorrente no Brasil, que pugna pela dita leitura integral do garantismo, incluindo as críticas que recebe. Nota-se como a obra de Ferrajoli apresenta-se atualmente mais próxima ao direito constitucional, ciente das necessidades de atuação estatal quer para proteção de direitos individuais, quer de direitos sociais ou coletivos. Sob os influxos do princípio da proibição da proteção deficiente e da leitura integral do garantismo, propõem-se alterações legislativas ou judiciais no processo penal brasileiro que significariam maior equilíbrio e eficiência, entre elas: repensar as paralisações do procedimento que trazem prejuízos à instrução probatória, evitar formalismos dos procedimentos dos crimes funcionais, acabar com o paradoxal benefício dos crimes inafiançáveis e implementar, em certos casos, a revisão criminal *pro societate*.

**Palavras-chave:** direito à segurança; processo penal; proibição da proteção deficiente; garantismo.

## **ABSTRACT**

*In Brazil, there has been a significant increase of the criminal rates during the last thirty years. Unlike some other countries, the sense of insecurity here has concrete and objective basis. Besides that, the criminal prosecution is slow, bureaucratic and inefficient, resulting in large numbers of impunity. The right to public security has not been properly implemented, although it can be classified as a "fundamental right". This predicate attracts the potentialities of the so called objective dimension and consequently the theory of the state's duties to protect. Thereby, any state omission or action below expected means a normative deficit. It is the so called untermassverbot principle, a doctrine that, connected with proportionality, emphasizes the state's duties to implement, in the executive, legislative and / or judicial branches, the bases for the achievement and protection of the fundamental rights. In the criminal area, this principle is related to the debates about the "garantism" theory, by the Italian Luigi Ferrajoli. It is explained the tradicional penal garantism, the general theory of the garantism and also the movement (and its criticism), which take places in Brazil, that strives for the integral reading of the garantismo doctrine. Ferrajoli's work is nowadays closer to constitutional law, aware of needing of protection not just individual, but also social and collective rights. Under the influence of the untermassverbot principle and the integral comprehension of guarantism, this paper proposes legislative or judicial changes in the Brazilian criminal law procedure.*

**Keywords:** *right to public security; criminal procedure law; untermassverbot principle; garantism doctrine.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 SOBRE O DIREITO À SEGURANÇA E O DEVER DE TUTELÁ-LO.....</b>	<b>14</b>
1.1 O caso brasileiro: anotações sobre a segurança no país.....	14
1.2 Insegurança gerando mais insegurança.....	21
1.3 Contornos gerais do direito à segurança na Constituição de 1988.....	24
1.4 A fundamentalidade do direito à segurança.....	27
1.5 A eficácia objetiva e o dever de proteção dos direitos fundamentais.....	30
<b>2 DIREITO À SEGURANÇA E A PROIBIÇÃO DE SUA PROTEÇÃO DEFICIENTE.....</b>	<b>37</b>
2.1 Deveres de tutela e o surgimento do princípio da proibição da proteção deficiente.....	37
2.2 De um princípio a outro: a umbilical ligação com a proporcionalidade.....	41
2.3 A proibição da proteção deficiente, a proporcionalidade e a seara criminal.....	45
2.4 Da teoria à prática: alguns casos concretos de aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente.....	50
2.5 À guisa de conclusão deste capítulo.....	58
<b>3 A DOUTRINA DO GARANTISMO ENTRE OS DIREITOS DA LIBERDADE E OS DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>60</b>
3.1 A teoria do garantismo “penal” – onde tudo começa.....	60
3.2 Do garantismo “penal” à teoria geral do garantismo.....	66
3.3 A leitura “integral” do garantismo.....	70
3.4 Críticas e contracríticas à leitura “integral” do garantismo.....	76
3.5 A ampliação do paradigma garantista de Ferrajoli.....	86

3.6 Sobre a leitura do garantismo, a vedação à proteção deficiente e o processo penal brasileiro.....	91
<b>4 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO SOB AS LUZES DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.....</b>	<b>95</b>
4.1 As paralisações da marcha processual no interesse exclusivo da defesa.....	97
4.2 A prática de dois momentos destinados à “citação” do acusado funcionário público.....	109
4.3 A vedação, em regra, da realização da instrução processual penal nos casos de aplicação do art. 366, CPP.....	113
4.4 O não estabelecimento de fiança para as infrações ditas “inafiançáveis” e o paradoxo do benefício aos crimes mais graves.....	121
4.5 A revisão criminal no direito brasileiro e a (im)possibilidade do viés <i>pro societate</i> .....	130
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>141</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>145</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte de uma análise acerca da atual situação, no Brasil, do direito à segurança. Previsto em quatro importantes momentos do texto constitucional de 1988<sup>1</sup>, iniciar-se-á verificando se a sua propalada inefetividade – perceptível em razão de uma significativa “sensação de insegurança” demonstrada em recentes estudos<sup>2</sup> – possui ou não dados concretos em que se apoiar.

Essa primeira verificação – que dá a largada ao Capítulo 1 deste trabalho – é recomendável tendo em vista que em outros países, tais como na Espanha e na Itália, embora a insegurança “sentida” esteja aumentando, os números da criminalidade estão, paradoxalmente, em contínuo viés de baixa. Lida-se ali, portanto, muito mais com aspectos subjetivos do que propriamente com uma criminalidade real e crescente. Seria o mesmo no Brasil?

A tese da falta de concretização do direito à segurança parece gerar, ademais, um sentimento de descrença nas instituições, em especial aquelas ligadas à persecução penal<sup>3</sup>, e na própria força da normatividade constitucional. Juntamente a isso, surge uma onda punitivista reivindicatória de ideias vinculadas a um direito penal máximo (como, por exemplo, a introdução da pena de morte, a diminuição da maioria penal e a redução de garantias processuais). Tal movimento, que em última análise termina por gerar desrespeitos a outros direitos fundamentais, passou a contar, como se verá, com o apoio de uma parcela significativa e crescente da população.

Outra temática que gira em torno do citado direito, e cuidada um pouco mais à frente no capítulo inicial, é a que se liga à indagação sobre se ele poderia ser considerado um “direito fundamental”. Tal ponto merece relevo porquanto, enquadrado nessa categoria, ele atrairia as potencialidades da dita dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da doutrina acerca dos deveres estatais de tutela. Sobreleva a importância o fato de – essencialmente

---

<sup>1</sup> São eles: o preâmbulo; o art. 5º, *caput*; o art. 6º, *caput*; e o art. 144.

<sup>2</sup> Refere-se à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2009 (IBGE, 2010) e à pesquisa realizada pelo IBOPE para a publicação “Retratos da Sociedade Brasileira”, da Confederação Nacional das Indústrias (CNI), em dezembro de 2016 (IBOPE, 2017). Em ambas, colheu-se um número em torno de 50% dos entrevistados que afirmaram se sentir inseguros nas cidades brasileiras onde vivem.

<sup>3</sup> O que envolve desde o legislador ordinário (Congresso Nacional), passa pelos governos Federal e Estaduais, pelas forças policiais civis e militares, pelo Ministério Público e termina no Poder Judiciário.

dessas duas potencialidades –, nascer o chamado “princípio da proibição da proteção deficiente”.

Para essas linhas introdutórias, pode-se dizer que o princípio que veda uma proteção deficiente pretende, em suma, chamar a atenção para as obrigações (lato senso) estatais inadimplidas, que podem se fazer presentes em quaisquer das clássicas funções públicas: a executiva, a judicial ou a legislativa. Tem ele a virtude de destacar as ocasiões ou circunstâncias em que ou o Estado não está atuando, ou atua num nível aquém do esperado ou devido. A consequência mais importante disso, porém, é a denotação de que se enveredaria por uma linha antinormativa não só em razão do *excesso* de atuação estatal em face de direitos fundamentais, mas também devido à *falta* ou à *deficiência* dela.

Nessa toada, para o deslinde deste trabalho caberá explicitar os liames entre uma suposta deficiência de concretização do direito à segurança e possíveis falhas estatais no dever de protegê-lo. Tais falhas poderiam estar, como de fato estão, ligadas a diversos e inúmeros fatores, entre eles os complexos e sempre lembrados baixo desempenho das forças policiais de segurança pública e a gritante desigualdade social brasileira.

Para os fins desta dissertação, todavia, far-se-á um corte metodológico que tem como ponto de referência o direito processual penal. A análise de fundo consiste em trazer respostas à seguinte pergunta: estariam disposições normativas ou entendimentos jurisprudenciais, colhidos na atual seara do direito processual penal brasileiro, incorrendo em uma deficiência de atuação? Sendo talvez mais claro: o braço legislativo ou o braço judicial estariam incorrendo em uma proteção deficiente no campo do processo penal pátrio? Se sim, que pontos seriam esses? Como se poderia evitar essa atuação desqualificada e dar mais efetividade ao direito à segurança? No intuito de fazer frente a tais indagações, que estão no âmago desta pesquisa, faz-se necessário percorrer determinados lugares.

Primeiro, delinear-se-ão os contornos do referido princípio da vedação à proteção deficiente, o que envolve seu surgimento, seus arcações teórico e normativo, concluindo na demonstração de casos concretos, no Brasil e no exterior, de sua aplicação. Isso será realizado ao longo do Capítulo 2.

Posteriormente, explorar-se-á o tema da doutrina do garantismo, quer em seu aspecto clássico ligado ao direito penal, quer em sua dimensão expandida, na qual se aproxima do direito constitucional. Seguindo ainda a doutrina de Luigi Ferrajoli, o trabalho enfrenta a problemática a respeito de se seria possível haver um “garantismo integral”, nos moldes como

hoje se debate no Brasil. A esse propósito, voltam-se alguns passos atrás, ao se perquirir se de fato se desejaria um “garantismo penal integral” diferente daquele proposto pelo jusfilósofo italiano ou o que na verdade se pretende seria fazer uma “leitura integral” de seu garantismo. Esses são temas abordados no Capítulo 3.

Após as construções dos alicerces, o trabalho entra em sua parte final (o Capítulo 4), averiguando situações nas quais se vislumbram possíveis imbricações do princípio que proscree a deficiente proteção estatal na práxis e na legislação nacional referentes ao processo penal. Nesse momento, é intuito apresentar soluções às eventuais incongruências detectadas, numa abordagem propositiva que algumas vezes dependerá de alterações legislativas (propostas de *lege ferenda*), mas outras vezes cuidará de alterações de entendimentos do Judiciário.

Particularmente, lançar-se-ão luzes sobre cinco pontos, para os quais se visualiza, pelos motivos expostos a seu tempo, serem “tocados” pela proibição da proteção deficiente:

- 1) as paralisações da marcha processual no interesse exclusivo da defesa, sem que haja compensação do prazo prescricional;
- 2) a prática de “dois momentos citatórios” nos procedimentos processuais dos crimes de funcionário público;
- 3) o entendimento de que, em regra, não se pode realizar nenhum ato de instrução processual penal em casos nos quais o acusado/réu desapareceu do distrito da culpa (art. 366, CPP);
- 4) o não estabelecimento de fiança para as infrações ditas “inafiançáveis”, gerando a paradoxal situação de benefício a crimes mais graves;
- 5) a impossibilidade absoluta, no direito nacional, da revisão criminal *pro societate*.

Pode ser sintetizada, assim, a pretensão deste trabalho: alinhar as bases e os contornos do princípio da vedação à proteção deficiente e aplicá-lo na seara processual penal brasileira, com o fito de melhor proteger o direito fundamental à segurança. Nessa tarefa, impõe-se não conspurcar direitos fundamentais do acusado, ou quando muito, restringi-los sim, mas em moldes semelhantes aos propostos por Alexy (2011), vale dizer – de forma razoável, aceitável e por motivos compatíveis com a Constituição. Indispensável, ainda, não perder de vista que a intervenção punitiva deve ser limitada, já que importa sempre num grau considerável de violência ou de irracionalidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004).

Ao fim e ao cabo, o intuito maior é o de encontrar um equilíbrio nessa eterna dualidade imanente ao direito criminal, que é a de servir a um só tempo a dois senhores de alta hierarquia: um, o protetor dos bens jurídicos individuais e sociais mais importantes, e o outro, o defensor dos direitos fundamentais da liberdade e do devido processo legal do acusado. Se para o primeiro deseja-se eficiência, celeridade e justiça, para o segundo deseja-se respeito aos limites e garantias materiais e processuais. Quanto mais a balança encontrar-se equilibrada, mais legitimado estará o direito penal e o processo penal de um determinado país. Esta dissertação parte em busca dessa harmonia.

# 1 SOBRE O DIREITO À SEGURANÇA E O DEVER DE TUTELÁ-LO

## 1.1 O CASO BRASILEIRO: ANOTAÇÕES SOBRE A SEGURANÇA NO PAÍS

Parece ser um lugar-comum afirmar que, no Brasil, vive-se de um modo geral uma sensação de carência de segurança, especificamente em seu aspecto relacionado à segurança pública. Por “segurança pública” aqui se compreende “a atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo”, que tem por objetivo a proteção e o pleno exercício da cidadania, mediante a prevenção e o controle de “manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, nos limites da lei” (BRASIL, 2015b).

Mas essa sensação de insegurança teria, de fato, razão de existir? Haveria dados concretos a justificá-la ou ela seria uma falsa impressão? Talvez possa existir um falseamento devido a uma “elevadíssima sensibilidade ao risco”, gerada principalmente pela atuação hodierna dos meios de comunicação, como fez vez – em relação ao Direito e às sociedades espanhola e europeia – Silva Sánchez (2013). Para esse autor, a dimensão subjetiva do medo e da insegurança superaria em muito a efetiva existência deles. Em sentido bastante semelhante, manifestou-se em relação à sociedade italiana Ferrajoli (2015, p. 47), para quem “o medo foi em grande parte construído e dramatizado pela política e pela mídia”, não obstante as taxas de criminalidade terem diminuído naquele país<sup>4</sup>. Pode-se dizer que o mesmo ocorreria no Brasil?

De forma a tentar responder a tais indagações, este trabalho pretende partir da análise de alguns dados estatísticos a respeito: (i) da própria ocorrência de crimes; e (ii) de como se dá a persecução penal desses no país.

Deve-se registrar, todavia, que os dados estatísticos em torno desses assuntos ainda são incipientes, possivelmente apresentando certo grau de não confiabilidade (SENASP, 2013; CANO; RIBEIRO, 2007). Desconfia-se, em especial, que os números estão aquém da realidade, embora uma razão de cifra oculta seja natural a qualquer sistema jurídico penal do mundo. De fato, não se deve olvidar que há, possivelmente, uma série de ilícitos penais que

---

<sup>4</sup> O jusfilósofo italiano apresenta embasamento objetivo de sua exposição, no sentido de que a taxa de criminalidade na Itália caiu vertiginosamente. Com Ferrajoli: “o número dos homicídios passou de 4.100 nos últimos anos do século XIX para cerca de 1.900 nos últimos cinquenta anos do século XX, para cerca de 1.700 em 1990 e pouco mais de 600 nesses últimos anos, grande parte dos quais cometidos por pais e maridos; nos últimos cinquenta anos, as lesões dolosas diminuíram cerca de dois terços e o mesmo vale para os crimes sexuais, ainda que tenha diminuído a cifra negra dos crimes não comunicados à polícia. Contudo, os dados estatísticos mostram que simultaneamente cresceu, graças à fábrica do medo que se tornou a televisão, a percepção da insegurança [...]” (2015, p. 47).

nem sequer chegam a ser relatados ou descobertos pelos sistemas de registro. Todavia, há aqueles outros casos nos quais até há o registro da infração, mas por motivos burocráticos diversos essa não chega a ser inserida nos bancos de dados. A esse segundo ponto é que se deseja referir. Com efeito, notam-se severos problemas metodológicos de registros de infrações criminais no Brasil, como fazem ver Cano e Ribeiro (2007)<sup>5</sup>.

Um dos mais ventilados estudos estatísticos a respeito da criminalidade brasileira é aquele denominado Mapa da Violência<sup>6</sup>. Em sua última edição, lançada no ano de 2016, constata-se que, entre os anos 1980 e 2014, morreram perto de 1 milhão de pessoas (967.851) vítimas de disparo de algum tipo de arma de fogo. Nesse período, o número de vítimas/ano passou de 8.710, em 1980, para 44.861, em 2014, o que representa um crescimento de 415,1%. Comparativamente, o crescimento populacional foi de 65% no mesmo intervalo. Essa eclosão das mortes foi alavancada, de forma quase exclusiva, pelos homicídios por arma de fogo (AF), que cresceram 592,8%. O volume de 2014 é sete vezes maior do que o de 1980. Os homicídios representaram, ao longo do período analisado, 85,8% do total de mortes por armas de fogo. Todavia, uma grande parte da massa de mortes por AF de causalidade indeterminada, isto é, sem especificação (não se sabe se foi suicídio, homicídio ou acidente), deve ser igualmente creditada na fileira dos homicídios (WAISELFISZ, 2016).

Já se se considerar todos os tipos de homicídios (vale dizer, *com* e *sem* arma de fogo), o incremento dos números absolutos apontados pela referida pesquisa é ainda maior e, por isso, mais preocupante. Saiu-se de 13.910 mortes registradas no ano de 1980 para 58.946 no ano de 2014. Uma pesquisa ainda mais recente, divulgada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (LIMA; BUENO, 2017), registrou o impressionante número de 61.283 mortes violentas intencionais ocorridas no Brasil no ano de 2016, recorde absoluto de todos os tempos.

---

<sup>5</sup> O estudo de crimes graves, como, por exemplo, o de homicídios, enfrenta tal problemática. Refere-se à má qualidade dos dados, à classificação equivocada de homicídios como mortes com intencionalidade desconhecida ou causas ignoradas, à subnotificação dos crimes e a informações irregulares prestadas por Estados e municípios. As principais fontes de dados sobre homicídios no país são os boletins ou registros de ocorrência das polícias civis e as certidões de óbito do Ministério da Saúde. Essas duas fontes apresentam informações divergentes entre si, e cada uma delas apresenta problemas de validade e confiabilidade (CANO; RIBEIRO, 2007).

<sup>6</sup> O “Mapa da Violência” é composto por uma série de estudos publicados desde 1998, inicialmente com apoio da Unesco, do Instituto Ayrton Senna e da Flacso, entre outras entidades, e, mais recentemente, publicados pelo governo brasileiro. De um modo geral, ele demonstra a evolução das taxas de mortalidade nos Estados e Municípios brasileiros com mais de 10 mil habitantes, as mortes causadas por homicídio na população total e na população jovem (de 15 a 24 anos), as mortes causadas por acidentes de transporte e os suicídios. Pode-se ter acesso à pesquisa completa, de forma gratuita, no sítio <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>.

Atualmente, é como se, por ano, mais do que a população inteira de uma cidade como Campos do Jordão<sup>7</sup>, no interior paulista, ou Coruripe<sup>8</sup>, no interior alagoano, se extinguisse devido a homicídios.

O estudo citado ainda demonstra que, internacionalmente, o Brasil ocupa uma incômoda 10ª posição, entre 100 países considerados, com o número percentual de 20,7 homicídios produzidos por AF por grupo de 100 mil habitantes. Pior ainda é o cenário quando se leva em conta apenas o estado de Alagoas, o mais violento da nação. Neste, tem-se a maior taxa proporcional de vítimas de todo o país. São impressionantes 56,1 vítimas por 100 mil habitantes no ano de 2014<sup>9</sup>, quando se registraram 1.818 homicídios por AF; em 2004, foram 754 mortes – um crescimento, em dez anos, de quase 150%. Se Alagoas fosse destacado como um país, ocuparia o 2º lugar no *ranking* internacional, ficando atrás apenas de Honduras, que apresentou uma taxa de 66,6 homicídios por AF/100 mil hab.

Ao analisar os dados da pesquisa, a conclusão a que chega o sociólogo Julio Jacobo Waiselfisz (2016, p. 69) – responsável pelo Mapa da Violência – é desoladora e preocupante:

O Brasil, sem conflitos religiosos ou étnicos, de cor ou de raça, sem disputas territoriais ou de fronteiras, sem guerra civil ou enfrentamentos políticos, consegue a façanha de vitimar, por armas de fogo, mais cidadãos do que muitos dos conflitos armados contemporâneos, como a guerra da Chechênia, a do Golfo, as várias intifadas, as guerrilhas colombianas ou a guerra de liberação de Angola e Moçambique, ou, ainda, uma longa série de conflitos armados acontecidos já no presente século e que tivemos oportunidade de expor em Mapas anteriores.

Em relação a outros delitos que não homicídios, os dados são igualmente alarmantes. Considerando os números de todo o Brasil, registraram-se no ano de 2014: 43.950 delitos de estupro; 263.649 furtos de veículos; 239.432 roubos de veículos; e 1.762 roubos seguidos de morte, os latrocínios (SINESP, 2016)<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> A população total estimada para 2017 para aquele município é de 51.454 habitantes. Fonte: IBGE. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/campos-do-jordao/panorama>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

<sup>8</sup> Cuja população total estimada para 2017 é de 57.598 habitantes. Fonte: IBGE. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/al/coruripe/panorama>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

<sup>9</sup> Comparativamente, o Estado de Santa Catarina, que registrou o menor índice proporcional de homicídios por arma de fogo, apresentou a média de 7,5 vítimas por 100 mil/hab. Citam-se ainda, exemplificativamente, taxas de outros Estados, todas em percentual sobre 100 mil habitantes: SP – 8,2; RJ – 21,5; PE – 27,5; BA – 30,7; RS – 18,7; PA – 28,5; DF – 25,6.

<sup>10</sup> Em alguns Estados os números ou foram parciais ou nem sequer foram informados. Os dados foram extraídos do Portal SINESP – Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, disponível em: <<https://www.sinesp.gov.br/estatisticas-publicas>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

No caldeirão da insegurança, junte-se a esses expressivos números de ocorrências criminais a constatação de que a apuração e a punição dessas práticas delituosas não ocorrem, nem de longe, a contento. De fato, os dados agora relativos às investigações e aos processos criminais brasileiros revelam, às escâncaras, a ineficiência nessas searas. Aliás, é outro dito comum asseverar que não se tem, no Brasil, uma persecução penal eficiente.

Veja-se a fase investigatória, cuja responsabilidade é geralmente da polícia judiciária. Segundo levantamento realizado pelo Ministério da Justiça, mediante a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP, 2014), há dois grandes problemas iniciais detectados aqui. São eles: as discrepâncias entre (i) o número de boletins de ocorrência registrados e a quantidade de inquéritos policiais efetivamente instaurados; e entre (ii) o número de inquéritos abertos em face do número de inquéritos concluídos. Em Alagoas, por exemplo, no ano de 2012<sup>11</sup>, foram registrados 109.442 boletins de ocorrência, mas apenas 11.545 inquéritos policiais foram instaurados. Nesse mesmo ano e Estado, foram concluídas 8.743 investigações, deixando antever o grande *gap* e a sobrecarga que ano após ano os números trazem. Exemplificativamente, apresentam-se abaixo dados de outros Estados (todos do ano de 2012), que revelam (muitos deles) uma discrepância ainda maior:

UF	Boletins de ocorrência registrados	Inquéritos policiais instaurados	Inquéritos policiais concluídos
Alagoas	109.442	11.545	8.743
Amazonas	198.038	15.749	14.847
Bahia	488.113	35.284	31.234
Distrito Federal	373.535	31.533	14.781
Minas Gerais	483.510	146.275	155.387
Rio de Janeiro	728.121	125.202	67.327
Rio Grande do Sul	786.419	194.773	192.698

Evidentemente, é certo que nem todo o registro de ocorrência deva necessariamente converter-se numa investigação formal policial. Não se olvida que há casos de registros de ocorrências que nem mesmo em infração penal se consubstanciam, servindo a delegacia policial muito mais como instância de soluções de conflitos humanos menores, como uma

<sup>11</sup> Nada obstante o espaço temporal em relação a essa pesquisa, já que os dados se referem a 2012, cuida-se do último ano no qual há dados disponíveis em volume de informação confiável.

prestadora de serviços conciliatórios<sup>12</sup>. Entretanto, a divergência brutal demonstrada por esses números (tal qual a apontada) parece indicar um pouco mais do que esse fenômeno. De fato, registra-se a impressão de um número aquém de investigações necessárias.

Pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, intitulada “A investigação de homicídios no Brasil” (LIMA, Renato S., 2013), levantou algumas hipóteses que explicariam tal fenômeno:

No Brasil, a instauração de um inquérito policial implica a realização de muito trabalho, tanto no que diz respeito à investigação policial, quanto aos procedimentos burocráticos. Uma vez que o número de ocorrências numa delegacia de polícia normalmente é muito grande, apenas nos casos de flagrante ou de homicídios dolosos os inquéritos são obrigatoriamente instaurados. Nos demais casos, os policiais priorizam os boletins de ocorrência que já trazem elementos de prova necessários para a conclusão de um inquérito. Ou seja, se existem informações sobre a autoria do crime (*i.e.*, filmagens, depoimentos, testemunhas). Nessas situações, não se realiza de fato uma investigação criminal para identificar suspeitos e produzir evidências, pois estas informações já foram fornecidas pela vítima. O trabalho da polícia nesses casos é reproduzir essas informações no inquérito que irá instruir o processo criminal.

Outrossim, é importante destacar que a última coluna da tabela mostrada acima apenas traz a informação de investigações “concluídas”, o que quer apenas significar seu encerramento, sem que por esse número se extraia que houve o efetivo esclarecimento do delito. Longe disso. É justamente aqui que reside outro seríssimo problema ou gargalo da persecução: as estatísticas demonstram igualmente baixas taxas de eficiência investigativa nesse momento pré-processual.

A título de exemplo, estudos recentes que levaram em conta apenas delitos ligados à corrupção chegaram à conclusão de que, na seara federal, tão só 27% das investigações converteram-se, no ano de 2012, em denúncias do Ministério Público (COSTA; MACHADO; ZACKSESKI, 2016)<sup>13</sup>. Chama especialmente atenção a baixa taxa de denúncias em relação aos inquéritos policiais em Estados mais populosos e desenvolvidos do país. Em São Paulo, apenas 8,13% dos inquéritos por corrupção e crimes financeiros terminaram em denúncias do

<sup>12</sup> Para mais informações a respeito dessa atípica atividade policial de instância conciliatória de controvérsias das população, confira-se a obra de Luciano Oliveira (2004).

<sup>13</sup> A pesquisa foi denominada “A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal”. O trabalho foi desenvolvido pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), sob a coordenação do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e com a participação de pesquisadores do Grupo de Pesquisa Política Criminal (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e Universidade de Brasília – UnB) e do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (Nevis/UnB).

MPF à Justiça – o índice só é melhor do que o registrado no Acre e em Roraima. No Rio de Janeiro, a proporção foi de 10,78%. Uma análise detalhada dos crimes revela um avanço ainda menor das investigações. De 108 inquéritos encerrados no Estado de São Paulo após apuração de possíveis delitos de corrupção ativa e passiva, apenas cinco deles (4,62%) terminaram em denúncias. A proporção para peculato e sonegação de contribuição previdenciária é ainda menor (COSTA; MACHADO; ZACKSESKI, 2016).

Essa é, aliás, a tônica das investigações de um modo geral. Dados de 2013 deram conta de que a Polícia Federal remeteu ao Ministério Público Federal 211.834 inquéritos criminais nos anos de 2010, 2011 e 2012. Desse total, apenas 17.744 (8,3%) resultaram em denúncias encaminhadas ao Judiciário por procuradores da República (SOUZA, 2013).

Mais uma vez vale o registro de que não se está desatento ao fato de que nem toda investigação deve levar, indefectivelmente, a uma denúncia criminal e a uma posterior condenação. Há um bom número de apurações, é verdade, nas quais se constata ao seu final que nenhuma infração penal ocorrera. Todavia, essa discrepância brutal do percentual de inquéritos que se convolam em denúncias parece deixar transparecer em muito o quanto diversos delitos não são, de fato, desvendados. A título de exemplo, pesquisa inédita realizada em 2017 pelo Instituto Sou da Paz e chamada “Onde mora a impunidade?” (MARQUES, 2017) mostra que a maioria dos Estados brasileiros não sabe quantos casos de assassinatos são investigados e solucionados. A entidade solicitou dados a todos os governos e só de seis conseguiu calcular um índice de esclarecimento em crimes dessa natureza: Pará (4%), Rio de Janeiro (11%), Espírito Santo (20%), Rondônia (24%), São Paulo (38%) e Mato Grosso do Sul (55,2%).

Avançando no desenrolar da persecução penal, tem-se que, por sua vez, uma análise sobre as posteriores fases de tramitação da ação penal e (possível) aplicação da reprimenda revela que os números brasileiros também não apontam melhor sorte. Os índices que acabaram de ser explicitados acima trazem o quantitativo apenas de delitos de homicídios que tiveram seus autores denunciados, não significando a efetiva condenação e punição dos culpados. Sobre condenações, que se imaginam ser significativamente inferiores ao número de denúncias produzidas, apenas se dispõem de dados parciais, com os quais o sociólogo Julio Jacobo Waiselfisz, responsável pela série “Mapa da Violência” no Brasil, chega à estimativa de que só 3% dos homicidas no país vão para a cadeia (WAISELFISZ, 2016). Já relatório produzido pelo Conselho Nacional do Ministério Público apontou que o índice de elucidação

dos crimes de homicídio no Brasil estaria na baixíssima casa dos 5% a 8%. A título de comparação, este percentual é de cerca de 65% nos Estados Unidos, de 80% na França e de 90% no Reino Unido (ENASP, 2012).

Outra pesquisa, essa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2013, revela que no ano de 2012 – em todo o Brasil e por todos os ramos do Judiciário – houve apenas 205 pessoas condenadas definitivamente pelos delitos de corrupção, lavagem de dinheiro e pela prática de atos de improbidade administrativa<sup>14</sup> (BRASIL, 2013).

Todos esses números – deveras desanimadores – levam a uma resposta positiva quanto à levantada indagação sobre se há, de fato, dados objetivos a fundamentar a sensação de insegurança do brasileiro. Diferentemente do retrato europeu, no qual se baseou Silva Sánchez (2013), aqui parece não se tratar de uma mera “insegurança sentida”. Pelo contrário, os números em verdade demonstram que, no caso brasileiro<sup>15</sup>, os riscos objetivos – de fato – existem<sup>16</sup>, e eles carregam em si mesmos a justificativa da carência de segurança.

Com efeito, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do ano de 2009, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, revelou que quase metade dos brasileiros (47,2%) se sente insegura nas cidades onde vive<sup>17</sup> (IBGE, 2010). Estima-se que atualmente esse número seja ainda maior, o que foi demonstrado em pesquisa realizada pelo IBOPE para a publicação “Retratos da Sociedade Brasileira”, da Confederação Nacional das Indústrias (CNI), em dezembro de 2016. De acordo com o divulgado (IBOPE, 2017), 50% dos entrevistados consideraram a situação da segurança pública no país “péssima”. O mesmo índice, pela mesma pesquisa, fora de 28% em 2011. Já 82% dos ouvidos consideraram a “impunidade” uma das principais causas da alta criminalidade.

Diante de todos esses números, aqui extrai-se duas hipóteses de trabalho, ligadas ao núcleo dessa pesquisa: o direito à segurança (pública), previsto em mais de uma ocasião no texto da Constituição Republicana de 1988, resta longe (i) de ser respeitado, de forma espontânea, por muitos indivíduos que compõem a sociedade brasileira; e (ii) de ser

---

<sup>14</sup> Os atos de improbidade administrativa, embora não tecnicamente crimes, foram considerados na pesquisa por se relacionarem à corrupção e também por apresentarem certo caráter penaliforme.

<sup>15</sup> Salvo alguns lugares e em algumas épocas determinadas, a tendência generalizada das cidades brasileiras mostra o incremento da criminalidade.

<sup>16</sup> Embora não se possa destacar também a ampliação de sua dimensão subjetiva causada pelo atual modelo de “sociedade de informação”, tal como pontuado por Silva Sánchez.

<sup>17</sup> A pesquisa, suplemento da PNAD, é intitulada “Características da vitimização e do acesso à Justiça no Brasil”, e é uma das mais amplas a respeito do tema, uma vez que conseguiu alcançar 162,8 milhões de brasileiros de dez anos ou mais de idade.

eficazmente protegido pela atuação estatal, seja ela preventiva ou repressiva (nesse sentido, como resposta à agressão sofrida).

Tal descompasso entre a realidade e o texto constitucional gera descrédito quanto à normatividade da Lei Maior, que na prática não está a garantir – efetivamente – um direito prometido. Seria, nesse particular, uma Constituição semântica, ou “de fachada”, nas palavras de Canotilho (2003, p. 1.131). É fato: o direito à segurança – muito embora expresso e normatizado – não vem tendo a devida efetividade. Há carência de concretização, além de um limite tal que pode ser tido como “patológico”<sup>18</sup> (FERRAJOLI, 2015, p. 30).

Além da descrença relativa à força normativa constitucional, a violência e o desrespeito aos direitos do próximo, agregados a uma boa dose de impunidade e ineficiência, levam a um conseqüente descrédito do sistema de justiça (penal). A violência e o desrespeito consubstanciados no enorme e crescente número de delitos ocorrentes; a impunidade e a ineficiência, nos baixos índices de resolutividade do sistema de persecução penal. Tudo conduz a uma natural desacreditação das instituições públicas e do próprio ordenamento jurídico, produzida pelas incapacidades de se evitar a prática delitiva e de as investigações e o processo penal cumprirem seus desideratos.

Essa descrença na justiça, nas instituições e na garantia da preservação e do respeito ao ordenamento jurídico termina por, naturalmente, gerar ou ampliar ainda mais a sensação de insegurança (GALLUP, 2017; IPEA, 2016; IBGE, 2010). É o que se verá no item que segue.

## **1.2 INSEGURANÇA GERANDO MAIS INSEGURANÇA**

Acima se demonstrou como os índices de violência no Brasil, especialmente nos últimos 30 anos, vêm apresentando um sensível incremento. Ao lado disso, a baixa efetividade da resposta persecutória penal parece comprometer, como se viu, ainda mais o direito à segurança. Deveras, não se vem tendo a devida efetividade.

A respeito de normas constitucionais sem aplicabilidade, Bonavides, citando Rui Barbosa, resume de forma simples a questão: “não há numa Constituição proposições ociosas,

---

<sup>18</sup> Para o autor italiano, pode-se “de fato identificar o grau de legitimidade e, inversamente, de ilegitimidade do ordenamento de um Estado constitucional de direito com o grau de efetividade e com o grau de inefetividade das garantias dos direitos naquele constitucionalmente estabelecidos”. Ressalta Ferrajoli, todavia, que “certo grau de inefetividade e de ilegitimidade é inevitável [...] em qualquer democracia constitucional”, mas além de certo limite o “grau de inefetividade do paradigma constitucional pode tornar-se patológico” (2015, p. 29-30).

sem força cogente” (2008, p. 236). Em sentido semelhante é o escólio de Ferrajoli (2015), para quem as normas constitucionais, porque colocadas no vértice da hierarquia das fontes, tornam vinculantes as expectativas universais em que consistem os direitos por elas estabelecidos, sejam como “expectativas negativas da não lesão dos direitos da liberdade”, sejam como “expectativas positivas da satisfação de direitos sociais” (2015, p. 21).

Diante desse cenário paradoxal de inefetividade, outra conclusão emerge: o descrédito da própria população brasileira em seu sistema normativo (sublinhe-se, descrédito quanto à efetividade das próprias normas constitucionais) termina por gerar, em última análise, ainda mais desrespeito a outros direitos fundamentais. Esse posicionamento é registrado por Sarlet (2005), que se refere a uma “crise dos direitos fundamentais”, na qual a própria população passa a desconfiar do papel exercido pelos próprios direitos numa sociedade democrática. Gera-se certa desconfiança no sentido de que alguns deles mais atrapalham do que ajudam. No âmbito da política criminal isso se mostra na crescente simpatia pela adoção de ideias de um Direito Penal máximo. Práticas como a adoção da pena de morte, a diminuição da menoridade penal, o aumento desarrazoado de penas, as políticas de tolerância zero e a derrogada de garantias ligadas à ampla defesa e ao devido processo legal passam a se fazer presentes no ideário de uma grande parte da população brasileira (SARLET, 2005).

Para comprovar esse desejo por um (desmedido) recrudescimento penal, observem-se números da já referida pesquisa realizada pelo IBOPE, a pedido da Confederação Nacional da Indústria (CNI). Praticamente todos os índices sobre pontos sensíveis que giram em torno da repreensão penal apresentaram notável aumento entre a pesquisa realizada em 2011 e a do final de 2016 (IBOPE, 2017). Por exemplo, 63% dos brasileiros ouvidos afirmaram que “concordam totalmente” que, para reduzir a criminalidade, é preciso impor uma política de tolerância zero, na qual todo tipo de infração ou ilegalidade seja punido (ante 54% na pesquisa anterior). Já quando questionados sobre o que achavam da redução da maioridade penal para 16 anos, 77% se mostraram “totalmente favoráveis” à medida (antes, eram 75%). Sobre o tema “prisão perpétua”, 53% se mostraram “totalmente favoráveis” à sua adoção no Brasil (antes, eram 51%). Por fim, quando indagados sobre se o aumento das penas previstas levaria à redução da criminalidade, 58% afirmaram “concordar integralmente” (em 2011, eram 55%).

Como se vê, o descrédito de proposições constitucionais normativas (como o direito

à segurança) acaba por gerar, como numa bola de neve, possíveis desrespeitos a outros direitos fundamentais. Aumenta-se o desejo por um Estado policesco, autorizado a realizar amplas investidas em liberdades individuais. Nesse sentido, é o desrespeito aos direitos funcionando como combustível para mais desrespeito; insegurança produzindo insegurança (BIANCHINI, 2008).

É bem verdade que esse desejo de intensificação da resposta penal liga-se em boa parte ao fato de a segurança ter se transformado em uma pretensão social a que se espera que o Estado e, em particular, o Direito Penal ofereçam uma resposta (SILVA SÁNCHEZ, 2013). A pretensão é justa; os métodos, porém, não parecem ser.

Nesta pesquisa, parte-se da premissa de que os altos índices de criminalidade e de impunidade estariam a contribuir para o aumento da sensação de insegurança, e isto leva quase sempre a esse desejo generalizado pelo recrudescimento estatal. A sensação é a de que o Estado brasileiro vem perdendo a guerra contra a violência, salvo poucos índices de melhoria em locais e momentos isolados do território nacional. Há falhas que vão desde a prevenção do crime (v.g., desigualdades sociais gritantes, ausência de policiamento ostensivo, precárias condições materiais de investigação, baixos índices de escolaridade etc.), passam pelos órgãos legiferantes, de persecução e jurisdição penal, e terminam no caótico e desacreditado sistema de execução penal (a ponto de, recentemente, o Supremo Tribunal Federal tê-lo tachado de um “estado de coisas inconstitucional”<sup>19</sup>).

Essas primeiras impressões atestam a não realização do “direito à segurança” e como isso pode ser danoso do ponto de vista da preservação de outros direitos. Cabe nesse momento trazer a indagação de se a observância e a preservação da segurança deveriam ser consideradas uma obrigação estatal. Vale a pergunta: teria o Estado, verdadeiramente, um dever de tutela da segurança de seus administrados, notadamente em face de agressões de terceiros? Neste trabalho, advoga-se que a resposta será positiva tanto quanto se considerar o direito à segurança como de caráter “fundamental”, notadamente em razão da dita dimensão objetiva dos direitos fundamentais, adiante exposta.

É recomendável, por conseguinte, que se passe à análise dos caracteres gerais do direito à segurança, tal como trazido pela Constituição Republicana de 1988.

---

<sup>19</sup> Vide o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 (BRASIL, 2015a).

### 1.3 CONTORNOS GERAIS DO DIREITO À SEGURANÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para a análise dos caracteres do direito à segurança tal como previsto na Carta brasileira de 1988, nada melhor do que se iniciar destacando as quatro ocasiões nas quais o próprio texto constitucional o estabeleceu: (i) no corpo de seu preâmbulo; (ii) no *caput* do art. 5º; (iii) no *caput* do art. 6º; e (iv) no *caput* do art. 144.

Principiando, vale trazer à baila os dizeres preambulares:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (grifou-se).

Já se disse que no preâmbulo se concentra a “ideologia constitucional” (BONAVIDES, 2008, p. 226), momento no qual o legislador originário faz uma espécie de síntese utilizando os principais valores subjacentes àquele ordenamento jurídico (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Ao largo da discussão sobre se o preâmbulo possuiria ou não força normativa, tema que excede os limites deste trabalho<sup>20</sup>, é certo que aquelas disposições preliminares têm uma carga simbólica e uma função argumentativa bastante razoáveis. Nesse sentido, é significativo que a segurança apareça com um dos objetivos a serem assegurados pelo (então) novo texto constitucional, ao lado de outras relevantíssimas previsões. Nota-se, de logo, a nobre linhagem do direito à segurança, porquanto diretamente ligado à essência mesma da Carta de 1988.

Se é certo, como dito acima, que ainda há discussões a respeito da força normativa do preâmbulo, não menos certa é a afirmação de que esse debate em nada chega a macular o direito à segurança, visto que os outros três momentos em que se dispôs sobre esse direito – momentos esses espalhados nas ditas “disposições constitucionais permanentes” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 82) – tornam inócuo esse debate quanto ao ponto aqui objeto de análise.

---

<sup>20</sup> Sobre este ponto, consulte-se, por todos, a obra de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 77 *et seq.*).

Passa-se à análise das três mencionadas previsões normativas: (i) art. 5º, *caput*; (ii) art. 6º, *caput*; e (iii) art. 144, *caput*.

O *caput* do art. 5º garante a inviolabilidade do “direito à segurança” como direito individual e coletivo, ao lado de outros ilustres, a saber: direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Para Fabretti (2014, p. 112), a segurança estaria aqui no “sentido clássico, ou seja, contra as arbitrariedades do próprio Estado”; seria, assim, um direito de “primeira geração”.

Na visão de José Afonso da Silva (2001, p. 439 *et seq.*), o direito à segurança aqui previsto liga-se a “situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo” dele próprio. Segue esse último autor, então, exemplificando desdobramentos desses liames: direito à segurança do domicílio (art. 5º, XI); direito à segurança das comunicações pessoais (art. 5º, XII); direito à segurança em matéria penal, com vários desdobramentos, tais como, *v.g.*, a vedação a juízo ou tribunal de exceção, ao direito de julgamento pelo tribunal do júri, à garantia da legalidade e da irretroatividade da lei penal etc. (art. 5º, incs. XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLVII, LI, LIII, LIV, LV, LVII, LIX, LXI, LXIV, LXV, LXVI, LXVII); direito à segurança em matéria tributária, consubstanciado nas garantias previstas no art. 150 e seguintes.

Perceba-se como nessa primeira vertente o direito à segurança possui um forte viés de garantia, servindo como sustentáculo a outros consagrados direitos. Afonso da Silva (2014, p. 422), por exemplo, cataloga o direito à segurança aqui previsto, no capítulo de sua obra intitulado “garantias constitucionais individuais”<sup>21</sup>.

Pode-se entender por uma “garantia” a existência de instituições ou de condições materiais ou procedimentais que são colocadas à disposição dos titulares de um direito de forma a promovê-lo ou resguardá-lo, numa clássica acepção que remonta aos trabalhos de Carl Schmitt (*apud* DIMOULIS; MARTINS, 2007). A previsão do *habeas corpus*, por exemplo, atua como uma garantia ao direito de liberdade de locomoção e permanência; a previsão e a existência da Defensoria Pública atuam com uma garantia do acesso à justiça etc.

Indo mais adiante, constata-se que o art. 6º, *caput*, traz a previsão de que a segurança é um direito social, ao lado de diversos outros, nomeadamente: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Nesse ponto, de acordo com Fabretti (2014, p. 113), estar-se-ia

---

<sup>21</sup> Capítulo II, Título VI, da obra citada.

diante de um direito de “segunda geração”, que “impõe ao Estado prestações positivas”, tendo por fundamentação o princípio da igualdade. Ainda de acordo com esse autor, o uso do termo segurança aqui é feito de maneira genérica, “sem se relacionar diretamente à segurança em relação ao crime, mas sim no sentido de se garantir a todos os mesmos direitos sociais”.

Por fim, chega-se ao capítulo destinado pela Carta de 1988 a dispor sobre a “segurança pública”, capítulo esse integralmente formado por apenas um artigo, o de número 144. Nesse último caso, o termo “segurança” estaria, ainda nas lições de Fabretti (2014, p. 113), numa “dimensão bem específica e vinculada à questão da criminalidade”. Com efeito, pareceu desejar o legislador constituinte sair dos termos genéricos utilizados nos arts. 5º e 6º e cuidar de uma particular faceta da segurança, aquela que tem por finalidade, nos dizeres do próprio art. 144, a “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Acrescenta ainda a cabeça do art. 144 que a segurança pública é “dever do Estado” e um “direito e responsabilidade de todos”. É digno de destaque quão categórico o dispositivo é ao dispor que garantir a segurança pública é obrigação do Estado e um direito mesmo do cidadão, embora cobre desse também, bem como de toda a sociedade, uma corresponsabilidade. “Cuida-se de dever de todos, em particular dos órgãos realmente vinculados à Justiça Criminal, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Judiciário”, observa Nucci (2016, p. 41). Nada obstante a assertividade da previsão mencionada, é certo que ela possui um nível de abstração que não permite extrair conclusões claras sobre a possibilidade de acionamento judicial do Estado para fins de satisfação do direito. Essa dúvida, a respeito de qual grau ou nível de segurança deve ser garantido pelo Estado, e de que forma deve se dar essa efetivação, inegavelmente torna o direito, por assim dizer, um tanto quanto ilíquido.

Este trabalho enfoca especialmente essa última vertente do direito à segurança – o direito/garantia da segurança pública –, embora apresente conexões com as previsões anteriores, até mesmo porque do conjunto delas pode-se extrair o caráter “fundamental” desse direito.

## 1.4 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SEGURANÇA

Definir o que seja um “direito fundamental” não é tema de fácil deslinde na doutrina constitucional moderna. Adentrar com profundidade nessa seara fugiria, por certo, dos limites deste trabalho. De uma forma mais tradicional, todavia, a doutrina costuma relacionar a fundamentalidade de um direito à possibilidade de concretizar as “exigências do princípio da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2012, p. 109). Por sua vez, os valores que subjazem ao princípio da dignidade humana geralmente são relacionados às necessidades de respeito “à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 237).

Etimologicamente, o termo “segurança” significa estar livre do perigo, do risco, estar protegido (NUCCI, 2016). Já segurança “pública” seria a “condição de tranquilidade e paz social que deve ser assegurada ao povo em geral e ao indivíduo quanto a sua pessoa e seu patrimônio, livres de perigo e danos pela ação preventiva e repressiva” estatal (BEZERRA, 2008, p. 23). Vai além, como se vê, do mero combate à criminalidade, pois engloba a garantia do bem-estar social, da paz e da ordem na comunidade.

Pelas definições citadas, já se nota que há, sim, certo caráter fundamental no direito à segurança. Somem-se a isso as destacadas posições topográficas dos dispositivos que trazem as previsões relativas a esse direito – arts. 5º (*caput*), 6º (*caput*) e 144 (*capítulo e caput*)<sup>22</sup>. Ao lado disso, uma outra importante constatação se impõe: pode-se relacionar cada um desses dispositivos com as quatro funções atribuídas por Canotilho (2003) aos direitos fundamentais. Para o professor lusitano, essas quatro funções seriam: (i) função de defesa ou de liberdade; (ii) função de prestação social; (iii) função de proteção perante terceiros; e (iv) função de não discriminação.

De fato, pode-se dizer que a norma relativa à segurança prevista no art. 5º cumpriria a primeira dessas funções, ligada à defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Haveria uma dupla perspectiva nesse viés: no plano objetivo, constituiria uma “norma de competência negativa para os poderes públicos, proibindo as ingerências destes na esfera jurídica individual”; no plano subjetivo, implicaria a possibilidade de

---

<sup>22</sup> Isso para não falar na previsão do preâmbulo constitucional, como acima se viu.

“exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos” (CANOTILHO, 2003, p. 408).

Já a norma que trata a segurança sob o enfoque de um direito social, localizada no art. 6º, liga-se à segunda e à quarta funções dos direitos fundamentais, vale lembrar, funções de prestação social e de não discriminação. Pela primeira, o particular habilita-se a obter algo através do Estado (ainda que a medida disso seja bastante discutível), incluindo a imposição a esse último de adotar “políticas públicas socialmente ativas” (CANOTILHO, 2003, p. 409). Já em razão da função de “não discriminação”, que deriva diretamente do princípio da igualdade, espera-se que o Estado trate os seus cidadãos como “fundamentalmente iguais”, alargando inclusive o direito a prestações, a exemplo da adoção de políticas afirmativas (CANOTILHO, 2003, p. 410).

Vale acrescentar outro ponto de vista a esse liame entre a segurança e o princípio da igualdade. De fato, como se viu alhures, a sociedade brasileira sofre atualmente com o incremento da criminalidade e da violência de um modo geral. Observa-se que isso não só diretamente fere direitos humanos caros, tais como vida, liberdade e dignidade, mas também acentua indiretamente a desigualdade social, uma vez que indivíduos que possuem uma melhor condição econômica ainda conseguem se proteger à margem do Estado (com, por exemplo, a contratação de seguranças particulares, o uso de alarmes, cercas elétricas, carros blindados, moradia em condomínios fechados etc.), o que não é possível para os menos favorecidos. O economicamente hipossuficiente apenas conta com o poder público, e quando este falha, praticamente nada lhe resta – isso quando não é o próprio poder público que atenta contra essa classe, o que não deixa de ocorrer com alguma frequência.

Por fim, cabe a análise da norma extraída do art. 144 da Constituição, que vem se amoldar com precisão à função que restou dos direitos fundamentais – de proteção perante terceiros. Por esta, impõe-se um dever aos poderes públicos no sentido de proteger os titulares de direitos fundamentais perante investidas de terceiros. Exemplificando, o Estado tem a obrigação de proteger a vida ou a integridade de um indivíduo, em face do ataque lançado por outrem. Assim também em relação a garantir todos os demais direitos fundamentais, como a inviolabilidade domiciliar, o direito de reunião, de petição, de acesso ao Judiciário etc. Ademais, essa função de proteção faz com que o Estado também tenha de concretizar as normas reguladoras das relações jurídicas, de forma a assegurar a observância dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003).

Destaque-se um ponto interessante para o desenrolar desta obra: esse direito à proteção (de direitos) em face de terceiros não apenas se faz presente em caráter preventivo. Dá-se também em seu aspecto repressivo, no sentido de que cabe ao Estado prever, implementar e adotar medidas que coíbam e punam aqueles que transgredirem direitos de terceiros. Assim, a função de proteção não se dá tão só na tentativa de se evitar a ocorrência de uma infração penal, mas também se nota no dever estatal de apurar, processar e punir a conduta daqueles que já cometeram o ilícito.

Essa função estatal de promoção da segurança em face de terceiros, a propósito, não chega a ser novidade. De fato, Thomas Hobbes (2012, p. 136) – nos idos de 1651 – já escrevia que a razão maior da criação dos Estados era a necessidade de proteção e segurança dos indivíduos:

A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz.

Fabretti (2014, p. 110) destaca igualmente esse liame Estado-segurança. Para ele, “a legitimação do Estado Moderno dá-se a partir da proteção do indivíduo e, conseqüentemente, de sua propriedade e de seus direitos fundamentais, ou seja, a partir da provisão da segurança”.

Não se deve crer, todavia, que as atuações estatais requeridas em prol da segurança significam um desvalor aos direitos da liberdade. Muito ao contrário. A promoção da liberdade individual e coletiva dá-se mesmo com a implementação e a garantia do direito à segurança.

É bastante pertinente, de fato, ressaltar tais implicações entre liberdade e segurança. Embora à primeira vista possam parecer antíteses, uma análise mais minudente faz sobressaltar o mutualismo existente entre os termos. Há, de fato, uma interdependência direta de tais direitos. Comparato (1989, p. 181) afirma que haveria entre eles uma situação de implicação recíproca ou complementar. “Para que exista liberdade é indispensável um mínimo de segurança”, esclarece.

Montesquieu (1996, p. 168), n’*O Espírito das Leis*, obra publicada em 1747, revela também esse forte liame entre liberdade-segurança-Estado:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Por todas essas anotações, nota-se como é indubitosa a afirmação de que o direito à segurança<sup>23</sup> possui um caráter fundamental. Outra não é a conclusão a que chegam Afonso da Silva (2001), Santin (2004), Biachini (2008), Mendes, Coelho e Branco (2008), Aveline (2009), Sarlet (2010), Fabretti (2014) e Moro (2014). A propósito, esse último autor acrescenta outra perspectiva, de forma bastante perspicaz, ao usar a expressão “direitos fundamentais contra o crime”.

## **1.5 A EFICÁCIA OBJETIVA E O DEVER DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A doutrina constitucionalista moderna enxerga nas normas definidoras de direitos fundamentais uma dúplici dimensão ou perspectiva: está-se a falar das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A referida constatação, fruto do desenvolvimento do direito constitucional pós-Segunda Guerra, revela especial destaque no cenário atual, a ponto de Sarlet (2012, p. 141) considerá-la, com espreque em lições de Konrad Hesse e Dieter Grimm, “sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais”.

A dimensão subjetiva é definitivamente mais clássica, baseada no Estado liberal de outrora. De acordo com ela, ou em razão dela, as normas fundamentais produzem pretensões jurídicas a serem possivelmente usufruídas ou exigidas por quem de direito. Os direitos são, assim, visualizados da perspectiva do sujeito titular, correspondentes às pretensões que o indivíduo pode exigir do Estado em razão de um direito positivado na ordem jurídica (SARMENTO, 2013). Tais pretensões, em suma, corresponderiam à exigência de uma ação negativa ou positiva de outrem (incluindo aí o próprio ente estatal), ou ainda ao exercício de um poder passível de alterar posições jurídicas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Um direito subjetivo fundamental se constituiria, assim, numa “posição jurídica individual

---

<sup>23</sup> Seja ela a segurança “genérica” dos arts. 5º e 6º ou a segurança “pública” do art. 144.

protegida constitucionalmente que logra, pelo seu grau suficiente de determinabilidade, ser imediatamente exigível do Estado” (ALMEIDA, 2014, p. 145).

Já a dimensão objetiva, sem deixar de lado a perspectiva subjetiva, vem agregar novos efeitos e virtualidades (SARMENTO, 2013). Ela “resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 266), mediante os quais as constituições assumem um papel de “sistema de valores” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 266), que se expande a todo o direito positivo. Como sistema ou ordem de valores, a dimensão objetiva atua impondo limites ao poder estatal, mas também, e principalmente, traçando diretrizes para a sua atuação. Seria a ordem de valores, então:

O compromisso axiológico que é firmado a partir do texto constitucional, erigindo verdadeiro contrato social que, para além de cláusulas formais, estabelece também os valores sociais básicos que irão guiar a vida em sociedade, notadamente através da previsão de direitos fundamentais que, sistemática e teleologicamente considerados, configuram a atividade estatal, não mais apenas de forma negativa, mas também de forma positiva, devendo o Estado protegê-los e promovê-los, enquanto finalidade última do ordenamento jurídico como um todo (GIUDICELLI, 2017, p. 141).

De acordo com essa perspectiva objetiva, os direitos fundamentais – para além de gerar pretensões individuais – “exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura muito mais ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 387). Nesse sentido, os direitos fundamentais vão além da perspectiva de garantia de posições individuais (dimensão subjetiva), ganhando o *status* de normas reveladoras dos valores essenciais de uma ordem jurídica – as “bases da ordem jurídica na coletividade” (HESSE, 1998, p. 268). O bem passa a ser tutelado não mais apenas do ponto de vista individual, mas também por constituir, por si só, um valor em si mesmo, digno de preservação e fomento. Passam a ter valor também para a comunidade, enquanto finalidade que esta se propôs a realizar. Consiste, assim, numa percepção dos direitos fundamentais independentemente de seus titulares, que funciona “muito mais como critério de controle da ação estatal do que como protetora contra violações e intervenções concretas”, anota Almeida (2014, p. 150).

Ao se considerar os direitos fundamentais sob essa dupla dimensão (subjetiva e

objetiva) – por constituírem não só fontes de direitos subjetivos, mas também bases fundamentais da ordem jurídica –, novos caminhos e potencialidades se abrem para a promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais. Não basta agora que os poderes públicos se abstenham de violar tais direitos; passa-se a exigir que eles os protejam ativamente contra agressões e ameaças provindas de terceiros, além de que assegurem as condições mínimas ao exercício efetivo das liberdades constitucionais (SARMENTO, 2013). A perspectiva objetiva passa, assim, a orientar e impulsionar a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário nesse sentido. O Estado deixa de ter apenas deveres de proteção de direitos fundamentais, mas também possui o dever de fomentá-los, protegê-los e promovê-los (GIUDICELLI, 2017).

Registre-se o destaque, feito por Sarmiento (2013), com base nas lições de Robert Alexy, de que o reconhecimento da dimensão objetiva não significa desprezo à dimensão subjetiva, mas sim um reforço a ela. Em verdade, há uma complementação à perspectiva subjetiva, agregando-lhe uma “mais valia”, na feliz expressão de Andrade (2012, p. 134).

Ao explicar a eficácia da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, Sarlet (2012, p. 143) observa, citando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que:

os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

A referência ao direito alemão é bastante pertinente. Afinal, foi lá que se criou e desenvolveu a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Isso se deu notadamente após a Segunda Grande Guerra e sob a égide da Lei Fundamental de Bonn de 1949, quando a jurisprudência e a doutrina alemãs intensificaram o estudo e a proteção dos direitos humanos. O ponto de referência, por todos citados, é a paradigmática e bastante famosa decisão da Corte Constitucional germânica no julgamento do caso Lüth, em 1958, que vale, de forma breve, relembrar.

Erich Lüth, então presidente do clube de imprensa da cidade de Hamburgo, havia organizado e incentivado um proposital boicote ao filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, sob a alegação de que Harlan havia contribuído, em anos anteriores, com algumas obras para

a propaganda nazista e para o desprezo do povo judeu. A produtora e a distribuidora do filme acionaram a justiça alemã, requerendo a imediata cessação do boicote, além de compensação pelos danos causados, com base em norma do direito civil relativa à responsabilidade civil por danos causados a terceiros. Lüth, condenado em instâncias inferiores, recorreu ao Tribunal Constitucional, sob a alegação primordial de que estaria coberto pelo manto de seu livre direito à expressão. A Corte alemã reformou a decisão anterior, dando ganho de causa a Lüth, sendo o seguinte o extrato da Decisão:

Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional (SCHWABE, 2005, p. 382).

No julgamento, entendeu-se que:

É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição (*apud* MARMELSTEIN, 2013, p. 336).

O caso Lüth não somente ganhou importância ímpar na história do direito constitucional contemporâneo pelo desenvolvimento da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mas também porque foram nele lançadas as bases dogmáticas das figuras da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional no julgamento de uma reclamação constitucional contra uma decisão judicial civil (SCHWABE, 2005).

Sob o enfoque do presente trabalho, dois conceitos extremamente importantes surgem igualmente da decisão do caso Lüth, que se ligam à questão aqui abordada do direito à segurança e do dever de implementá-lo. Falar-se-á da “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais e da doutrina dos “deveres de proteção”, conceitos tributários da citada dimensão objetiva.

Pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais tem-se que os valores fundamentais

que se encontram gravados no tecido constitucional espriam-se por todo o ordenamento jurídico, exigindo uma releitura do arcabouço infraconstitucional. Tais valores condicionam a interpretação das normas legais e atuam impulsionando e dando diretrizes para o legislador, o administrador e o julgador. O ordenamento jurídico passa a ser visto com novas lentes, tocado pelas “cores da dignidade humana, da igualdade substancial e da justiça social” (SARMENTO, 2013, p. 279).

Alexy (2011, p. 524) aponta que o Tribunal Constitucional Federal alemão concebe o efeito irradiante das normas fundamentais com esquite no conceito de “ordem objetiva de valores”, vale dizer, na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Citando a própria Suprema Corte tedesca, assinala:

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.

Na prática, essa “irradiação” atua mediante o fenômeno da “filtragem constitucional”, que exige do operador do Direito a interpretação e a aplicação da ordem legal através do prisma constitucional, vale dizer, as normas infraconstitucionais, de qualquer âmbito (penal, civil, processual, tributário etc.), devem atender, sempre, à melhor promoção possível dos valores constitucionais.

A respeito disso, lembra-se que o texto constitucional brasileiro expressamente optou pela promoção e garantia do direito à segurança, prevendo-o em posições topográficas de relevo. Não parece haver, ademais, dúvidas sobre sua fundamentalidade, tal como se demonstrou acima. A eficácia irradiante, brotada do caráter objetivo dos direitos fundamentais, faz com que toda a legislação infraconstitucional – entre elas, a processual penal, que de perto aqui mais interessa – seja “tocada” pelo valor “segurança”. Assim, na interpretação e na aplicação de qualquer norma procedimental penal, tal valor deverá ser, tanto quanto possível, realizado. Evidentemente, haverá de forma semelhante outros valores a serem resguardados, muitos inclusive em franca oposição aos direitos relativos à segurança (pense-se, só para se citar um, na própria liberdade individual do acusado/réu). A solução ideal de balanceamento, vale dizer, de qual direito conflitante sobressairá no caso de colisão, só advirá com as características postas pelo caso concreto, no qual as possibilidades fáticas e jurídicas presentes condicionarão o necessário sopesamento dos valores em conflito. O intuito

é obter, na medida máxima de otimização, a realização de todos os valores/princípios previstos na ordem constitucional (ALEXY, 2011).

Igualmente importante é a observação de que a dimensão objetiva enseja um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões advindas de outros particulares (GIUDICELLI, 2017). Para o exercício desse direito de proteção, caberia ao Estado adotar medidas que efetivamente resguardem os direitos fundamentais, inclusive as de ordem penal ou processual penal. Produzem-se, assim, “direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem com a exigibilidade e a realização dessa demarcação” (ALEXY, 2011, p. 450-451).

Há, assim, a criação de direitos a uma prestação estatal positiva, a cobrar a adoção de providências – quer materiais, quer jurídicas – de resguardo dos bens protegidos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Esse dever de proteção, tal como a irradiação anteriormente vista, lança-se também a condicionar as três funções estatais primordiais: a legislativa, a executiva e a jurisdicional (SARMENTO, 2013).

Essa função de proteção ou de tutela é bem retratada por Almeida (2014, p. 137), para quem:

[...] ao contrário do que a doutrina tradicional prelecionava, a proteção que asseguram os direitos fundamentais não mais se pode resumir à mera abstenção do Estado de se imiscuir na esfera de autodeterminação do indivíduo, mas deve incorporar ainda os chamados deveres de proteção, que implicam a exigência das ações estatais necessárias para tornar os indivíduos aptos a fazer uso efetivo de suas liberdades; continuam funcionando, é bem verdade, como normas de defesa da liberdade individual, mas incorporam a essa função a de exigir que o ordenamento jurídico como um todo promova as liberdades individuais e crie as condições imprescindíveis ao seu gozo.

Sarmento (2013) associa tal evolução de paradigma à nova posição desempenhada pelo *Welfare State*. De fato, a ótica do Estado social é a de quem se posiciona ao lado do indivíduo, não mais a de quem é tido como um inimigo deles. Os poderes públicos passam a ser os principais garantes dos direitos na sociedade civil. Cresce a percepção de que é muito pouco contentar-se, nos dias atuais, com o fato de que os direitos fundamentais sejam vistos apenas como direitos de defesa perante o Estado, pois este último – mediante seus braços de atuação (legislativo, executivo e judicial) – possui boas condições de promovê-los ou protegê-los em face de ofensas e ameaças perpetradas também por terceiros.

Na seara da segurança pública, aliás, esse dever de tutela ou proteção mostra-se evidente. A omissão estatal, ou sua atuação em níveis insuficientes, no sentido de garantir o direito à segurança em face de terceiros, constitui inegável descumprimento dos valores constitucionais. Pensar diferente seria transformar o texto normativo maior em um catálogo de promessas vãs. Essa é a posição adotada por Alexy (2011, p. 453), para quem “seria possível falar de uma violação a direito fundamental por parte do Estado” surgida “quando ele não cumpre de forma suficiente seu dever de proteção”.

É de se ressaltar, mais uma vez, que esse dever protetivo deve se fazer presente em qualquer de suas três vertentes básicas estatais. A legislativa, por exemplo, tem por obrigação produzir o arcabouço jurídico necessário ao dever de proteção; a função executiva tem, por sua vez, o crucial papel de efetivar a proteção; e quando essas duas tiverem falhado ou estiverem prestes a falhar, o braço jurisdicional tem a obrigação de salvaguardar a devida proteção. Uma atuação a menor (incluindo a completa omissão), em qualquer dessas ocasiões, faz com que se constate um nível de proteção deficiente ou insuficiente. Esse aspecto por si só, que enfoca a presença estatal aquém do requerido para a efetivação dos direitos fundamentais, mais recentemente vem sendo trabalhado pela jurisprudência e pela doutrina com a autonomia de um princípio. Sobre ele, e sobre sua ligação com a garantia do direito (mínimo) à segurança, cuidar-se-á no capítulo seguinte.

Na presente pesquisa, focar-se-á nos aspectos de proteção à segurança (pública) que podem tocar às esferas legislativa e judicial. Nada obstante o âmbito executivo – no qual se desenvolvem as atividades policiais ostensivas e repressivas – seja por excelência a seara que mais diretamente se conecta (pelo menos *a priori*) à temática da garantia da segurança, é certo que há possíveis omissões ou falhas igualmente detectáveis nas demais searas. Sobre alguns desses pontos será o enfoque final deste trabalho, notadamente algumas contribuições que estarão presentes no último capítulo.

## **2 DIREITO À SEGURANÇA E A PROIBIÇÃO DE SUA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Como visto no capítulo antecedente, o fato de o direito à segurança ser caracterizado como “fundamental” faz com que surjam para o Estado obrigações de respeitá-lo (ditas obrigações negativas), de implementá-lo e promovê-lo (são as obrigações prestacionais), e ainda de garanti-lo perante terceiros (chamadas obrigações protetivas, ou de garantia ou tutela).

Especialmente diante das funções prestacionais e protetivas é que parece brotar o princípio que proscree a ocorrência de uma proteção estatal insuficiente a um direito fundamental. Falar-se-á agora do que vem sendo denominado pela doutrina de “princípio da proibição da proteção deficiente”, ou da “vedação da proteção insuficiente”, ou ainda *Untermassverbot*, quando referido na língua do país de seu surgimento, a alemã (MENDES, 1999).

### **2.1 DEVERES DE TUTELA E O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Registra-se que foi obra do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão a construção primeira do princípio que define a proibição de uma proteção insuficiente estatal, notadamente quando da discussão – inicialmente em 1975 (julgamento do caso denominado de “aborto I”) e, de forma mais completa, em 1993 (caso “aborto II”) – da possibilidade da realização do aborto (bem como os limites de sua admissibilidade) em face da Lei Fundamental daquele país (*Grundgesetz*). Discutia-se, em suma, se haveria uma livre opção da gestante em interromper a gravidez quando e por que motivos desejasse, bem como o posicionamento estatal em face de tal conduta.

Para uma melhor compreensão do tema, traz-se um esboço histórico dos casos, nada obstante a evolução que a temática “aborto” e suas hipóteses de admissibilidade tenham tido ao redor do mundo, inclusive na Alemanha e no Brasil. Em 1975, em polêmico *leading case* sobre o tema, o TCF reconheceu a inconstitucionalidade de lei que legalizara o aborto nos três primeiros meses de gestação. O entendimento, na ocasião, foi o de que o legislador ordinário alemão, ao legalizar tal prática, deixara de proteger no grau necessário a vida do feto. E este dever de proteção, de acordo com a Corte germânica, poderia chegar até a obrigação de

criminalização da conduta violadora do direito à vida (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

O segundo julgamento findou em 1993, após a reunificação alemã e diante de nova lei que mais uma vez ampliava as possibilidades abortivas. A decisão da Corte constitucional tedesca foi, agora, amplamente baseada na doutrina dos deveres de proteção estatal<sup>24</sup>, e de forma semelhante chegou a conclusões no sentido da defesa da vida intrauterina, embora com algumas possibilidades de aceitação da prática abortiva<sup>25</sup>.

O TCF entendeu que não somente caberia ao Estado uma postura negativa, no sentido de não ir (ele, Estado) contra as vidas humanas, mas também – e principalmente – caberia implementar um dever de tutela ou proteção e incentivo da vida intrauterina, protegendo-a também contra intervenções ilícitas de terceiros, ainda que esse terceiro seja a própria mãe (SCHWABE, 2005). Essa proteção decorreria da dignidade da pessoa humana, que já existiria desde a vida em sua fase pré-natal. Aquela Corte concluiu ainda que seria tarefa do legislador infraconstitucional atuar no sentido de proteger um bem jurídico constitucionalmente previsto, porquanto sua inércia ou parcial atuação resultariam numa insuficiência de proteção a um direito fundamental.

Interessante é que este dever de tutela estatal, referido pela Corte maior alemã no caso do julgamento “aborto II”, se configuraria no sentido da previsão de tipos penais que almejam proteger o bem jurídico desejado (por ex.: previsão do crime de aborto ou infanticídio), no qual se nota o Estado aparecendo com o seu braço coercitivo mais forte – o Direito Penal; mas também se observaria na adoção de posturas de políticas públicas positivas, típicas do Estado social, tais como a implantação de medidas e o auxílio multidisciplinar pré-natal, destinados à gestante e sua família, a realização obrigatória do aborto (quando permitido) por profissionais médicos e a garantia de benefícios sociais previdenciários para o período de recuperação após a prática. São planos de proteções repressivos e preventivos, que devem ser conjugados.

Abaixo, transcreve-se ilustrativo trecho da decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1993:

---

<sup>24</sup> Sobre tal doutrina, vide o Capítulo anterior, item 1.5.

<sup>25</sup> De fato, a prática do abortamento não é integralmente vedada pelo direito alemão. Pelo contrário, há possibilidades de abortamento, por exemplo, por razões de saúde materna, em caso de gravidez decorrente de estupro, por má-formação fetal e também por razões sociais, desde que isso ocorra até a 12ª semana de gravidez. Especialmente nesse último caso, a prática é cercada de cuidados, necessariamente passando a gestante por uma equipe multidisciplinar que tentará dissuadi-la da ideia (MORAIS, 2008).

A *Grundgesetz* obriga o Estado a proteger a vida humana. A vida na fase intrauterina também faz parte da vida humana. Também a ela cabe a proteção do Estado. A Constituição não só proíbe intervenções estatais diretas na vida intrauterina, mas determina que o Estado tenha uma postura de proteção e de incentivo perante essa vida, ou seja, sobretudo, protegendo-a também contra intervenções ilícitas de terceiros (SCHWABE, 2005, p. 278).

Destacou ainda a Corte maior alemã que o ordenamento jurídico deve trazer dois âmbitos de proteções, um antes da violação do bem jurídico (preventivo), outro após a ocorrência de sua lesão (repressivo). É obrigação do legislador trazer ao mundo as devidas esferas de proteção, evitando posturas insuficientes.

Ainda de acordo com o Tribunal Constitucional tedesco:

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência; até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional [pelo TCF]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (SCHWABE, 2005, p. 280).

Na decisão da Corte alemã nota-se com vigor a adoção explícita dos deveres estatais de proteção. Resumindo o entendimento daquele Tribunal, Mendes (1999) esclarece:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris<sup>26</sup>, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*).

Mendes (1999) ainda ensaia, citando a jurisprudência e a doutrina alemãs, uma classificação desse dever de proteção. Segundo o autor, ele se decomporia em: (a) dever de proibição, consistente no dever estatal de se proibir uma determinada conduta; (b) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; e (c) dever de evitar riscos, que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente as relacionadas ao desenvolvimento técnico ou

---

<sup>26</sup> Atribui-se a Claus-Wilhelm Canaris, jurista alemão, a criação das expressões *Übermassverbot* e *Untermassverbot*.

tecnológico.

Esses deveres de proteção, ou imperativos de tutela, revelam-se como consequência direta da atribuição ao Estado do monopólio da força, produzido pelo ambiente social que veda, de regra, o recurso à autodefesa e à justiça privada (FELDENS, 2008b). De fato, à medida que o Estado passa a ser o único a ter poderes de investida contra indivíduos, em caso de ataque de um administrado contra outro, aquele poder estatal convola-se em verdadeiro dever, em obrigação de proteger aquele que teve seu direito violado ou que está prestes a ter.

Para a efetivação dessa proteção, tornam-se necessários implementos do ponto de vista jurídico (a princípio, medidas legislativas) e fáticos (atuações de ordem executiva e, por fim, judicial), que atuarão conjuntamente de forma a impor limites às liberdades individuais. A ideia de restrição a direitos visa em última análise a melhor equilibrá-los, no intuito de garantir uma mais justa situação social.

Feldens (2008b, p. 76), citando Dieter Grimm, observa:

[...] a ideia de um dever de proteção a ser cumprido por meio de limitações legislativas a direitos individuais pode produzir um acréscimo de restrições. Ainda assim, o propósito não é outro senão o de maximizar a liberdade geral na sociedade e fazê-la real para todos os detentores de direitos fundamentais. Analisada a questão por este ângulo, “o que aparenta ser uma restrição para um grupo de pessoas pode ser uma libertação para outro grupo”.

Evidentemente, há diversas maneiras de se constituir essa proteção a direitos fundamentais. Elas vão desde a implementação de políticas premiaias (de incentivo) até as mais severas punições do ordenamento jurídico, de alçada do direito penal. Nesse interregno, medidas processuais igualmente entram nesse rol de possibilidades, entre elas as de direito processual penal, como adiante se verá.

Feldens (2008a, p. 226) exemplifica possíveis casos de aplicabilidade do princípio da proibição da proteção deficiente, como nas hipóteses “de despenalização do homicídio ou na sua penalização por meio de sanções exclusivamente pecuniárias”. De fato, posturas legislativas que viessem nesse sentido, ou ainda, no sentido de descriminalizar o estupro ou o roubo com resultado morte (latrocínio), seriam uma ofensa ao dever estatal de proteção, uma maneira não eficaz e adequada de proteger bens jurídicos resguardados pela Constituição. Haveria, inegavelmente, deficiência na tutela estatal.

Pode-se imaginar também possível violação ao princípio da vedação à proteção insuficiente no caso de descumprimento dos chamados “mandamentos constitucionais

criminalizadores”. São eles, nas palavras de Barros Lima (2012, p. 141), mandamentos que

[...] traduzem comandos de uma Constituição que, exaltando determinados valores e apostando nas possibilidades que tem o Estado de transformação social, apontam o Direito Penal como um dos instrumentos possíveis de proteção daqueles, uma ferramenta na longa tarefa de alcançar a transformação pretendida.

Constituiriam, exemplificativamente, mandados ou mandamentos criminalizadores previstos na Carta de 1988 quer os deveres explícitos de criminalizar (ex.: art. 5º, incs. XLI, XLII, XLIII e XLIV), quer as imposições de “conteúdo impeditivo”, que seriam aquelas que obstam a possibilidade de descriminalizar atos atentatórios aos mais elevados bens jurídicos, tais como a vida, a liberdade e a dignidade sexual (BARROS LIMA, 2012).

Constata-se que tais mandamentos constitucionais nada mais são, em última análise, do que uma tentativa, do legislador primário, de deixar de logo assentado seu desejo especial de proteção por certos bens jurídicos. As realidades fática e jurídica subjacentes, todavia, é que de fato dirão se a proteção está sendo feita a contento ou, ao invés, é deficitária. Para essa aquilatação, o princípio que proscree a proteção insuficiente deve ser conjugado com um outro, muito caro à técnica de aplicação dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade.

## **2.2 DE UM PRINCÍPIO A OUTRO: A UMBILICAL LIGAÇÃO COM A PROPORCIONALIDADE**

Falar em proteção suficiente ou insuficiente é fazer, em última análise, um juízo de grandeza, de proporção, no qual se compara o estado atual de uma ação (ou inação) estatal com o estado ideal ou desejado dela. Dessa simples correlação extrai-se o forte liame existente entre a proibição da proteção deficiente e o princípio (ou postulado, como se queira) da proporcionalidade (SARLET, 2005). Antes de se adentrar nesse vínculo propriamente dito, vale tecer alguns comentários sobre as origens da proporcionalidade.

A doutrina tradicional anota que o princípio da proporcionalidade, tal como majoritariamente visto hoje no Brasil, deriva da confluência de dois sistemas jurídicos diversos: (i) do sistema jurídico americano, onde surgiu atrelado à doutrina do devido processo legal; e (ii) do direito alemão, com o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade na seara do direito administrativo (BARROSO, 2015).

No sistema jurídico anglo-saxão, no qual é mais conhecido como princípio da “razoabilidade”, o princípio deita raízes nas cláusulas *law of the land* e *due process of law*, e inicialmente fora visto apenas na sua forma procedimental. Posteriormente, o aspecto substantivo passou a integrar o devido processo legal, o que o fez tornar-se importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais, pois, por intermédio dele, “o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador” (BARROSO, 2015, p. 290). O fundamento desses controles estabeleceu-se na verificação da compatibilidade entre os meios empregados e os fins buscados pelo legislador, no exercício do *judicial review* (controle de constitucionalidade) americano.

Já na seara germânica, a proporcionalidade teve como local de nascimento o direito administrativo. Sua maior utilização naquele ramo deveu-se à necessidade da construção de uma teoria que trouxesse limites à discricionariedade do administrador. Somente a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949 é que a proporcionalidade passou a ter, para o direito alemão, bases constitucionais, extraindo sua força do princípio do Estado de Direito (BARROSO, 2015). Sob a ótica constitucional, importa a ideia de limitações razoáveis à discricionariedade e às possibilidades de conformação do legislador.

Foi a jurisprudência tedesca, de cunho marcadamente dogmático e analítico, que terminou por correlacionar a proporcionalidade com a teoria dos direitos fundamentais e com a teoria dos princípios, e ainda por dissecar a proporcionalidade em três subprincípios, adiante comentados: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

No primeiro nível (o subprincípio da adequação), a norma ou a medida é considerada proporcional se ela for *apta* a alcançar o fim proposto, ainda que seja apenas para fomentá-lo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014). Usa-se aqui um critério objetivo de utilidade (ou não) da norma em relação a uma finalidade buscada. *Norma proporcional é a norma que alcança, ou ao menos estimula, a finalidade a que se propõe.*

Já o segundo nível, o da necessidade, busca analisar se a medida ou a norma é *necessária* do ponto de vista da menor restrição possível de um direito fundamental. Almeja-se a utilização do meio que menos interfira nesse direito. *Norma proporcional é aquela que, dentre as opções possíveis, traz a menor restrição a um direito.* No enfoque da necessidade, há que se fazer um juízo comparativo com outras opções disponíveis, de forma a se constatar

qual delas traz o menor gravame aos direitos afetados. Essa análise comparativa é, assim, determinante nesse nível.

Por fim, no último e terceiro nível, perquire-se a relação de proporcionalidade (agora em sentido estrito) entre o(s) ganho(s) gerado(s) pela restrição de um direito fundamental e a(s) perda(s) daí advinda(s). Aqui é o espaço da ponderação em si mesma, da balança que afere o *custo-benefício* da medida restritiva de um direito. *Norma proporcional é aquela cujo implemento traz mais vantagens do que a sua não adoção.*

A partir dessa tríplice análise, o princípio da proporcionalidade permite ao Judiciário, em resumo:

[...] invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação ao excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (BARROSO, 2015, p. 295).

Essa, porém, pode-se dizer que é apenas a visão “clássica” do princípio, na qual ele aparece como limitador das atividades estatais. Atua, em suma, como limitador do excesso dos poderes públicos. Mas tal como a chegada da teoria da eficácia objetiva dos direitos fundamentais impactou no papel do Estado, colocando sob a responsabilidade deste os deveres ou imperativos de tutela, igualmente essa mesma teoria exigiu alterações do princípio da proporcionalidade. Passa-se a levar em conta, também, os momentos nos quais a atividade estatal está aquém da requerida, já que, na perspectiva contemporânea, os poderes públicos começaram a ter funções positivas fundamentais para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem-estar coletivo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

É nesse sentido que surge o enfoque na proteção deficiente estatal (*Untermassverbot*), postando-se no contraponto do princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*). Se por esse último qualquer atuação estatal que restrinja demasiadamente (de maneira desproporcional ou desarrazoada) direitos fundamentais fere a melhor hermenêutica constitucional, no primeiro, em posição exatamente oposta, estaria configurada a desproporcionalidade ou desarrazoabilidade em face da *omissão* indevida do Estado na sua tarefa de proteção ou promoção de um direito fundamental.

A proporcionalidade, então, passa a ser encarada como uma via de mão dupla. É desproporcional, ou desarrazoada, tanto a atividade estatal que restringe ou conspurca por

demais os direitos fundamentais, quanto também aquela inexistente ou falha na proteção ou promoção desses. Há ferimento à proporcionalidade quer por ação, quer por omissão. Nas palavras de Streck (2005, p. 18), que bem resumiu a questão:

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

Souza Neto e Sarmento (2014, p. 482) igualmente observam esse acréscimo de perspectiva à proporcionalidade, decorrente da alteração da moderna postura estatal:

Hoje, compreende-se que é papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, e que ele ofende a ordem jurídica e a Constituição não apenas quando pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou o faz de modo insuficiente. Neste contexto, há quem defenda que o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição.

Essa “dupla face” da proporcionalidade significa, assim, a atuação desse postulado, a um só tempo, como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos, bem como para o controle da omissão ou da atuação deficitária estatal, quanto ao cumprimento de seus deveres protetivos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Assim se expressa Sarlet (2005, p. 107):

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange [...] um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

E continua (p. 132):

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).

Neste trabalho, demonstrou-se no capítulo inicial o quão desprotegido encontra-se o direito fundamental à segurança na sociedade brasileira. Nesse sentido, há evidentes falhas ou omissões estatais, ficando patente que a atuação dos poderes públicos está, regra geral, aquém da necessária. Vale registrar que, assim como a ação irregular, a omissão estatal pode ocorrer em quaisquer das clássicas funções estatais – legislativa, executiva e judicial –, em todas ou em uma delas especificamente. É intuito deste trabalho cuidar essencialmente das atribuições legislativa e judicial, dando enfoque a algumas atuações deficientes dessas searas na processualística penal pátria.

### **2.3 A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE, A PROPORCIONALIDADE E A SEARA CRIMINAL**

Seja como corolário de um dever de proteção, seja como um dos matizes do princípio da proporcionalidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014), ou ainda, como ambos ao mesmo tempo, o fato é que o princípio da proibição da proteção deficiente é visto como critério legitimador e/ou mantenedor da tutela penal, desde que essa – evidentemente – esteja em consonância com o texto constitucional. BERNAL PULIDO (2003) observa essa função do princípio ao anotar que a proibição de proteção deficiente veicularia uma capacidade operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma omissão, total ou parcial – vulnera um direito fundamental.

Vale o registro de que tais facetas da proporcionalidade se fazem presentes sempre que o princípio puder ser aplicado, incluindo naturalmente nas searas penal e processual penal. No que toca ao comentado direito à segurança, pode-se falar – por exemplo – quer em possíveis excessos estatais (casos de abusos de autoridades, investigações por meios ilícitos, reprimendas imoderadas etc.), quer em omissões ou atuações aquém do devido (nas precárias investigações que a lugar nenhum chegam ou nos casos de falhas na legislação processualística, que a tornam produtora de impunidades).

É bom notar que a Constituição brasileira de 1988 – inovando em nossa tradição

constitucional – trouxe, ao lado das garantias clássicas de direitos de proteção do cidadão contra o Estado, normas que visam proteger o cidadão contra o crime. É o caso dos já referidos mandamentos ou mandados de criminalização, normas precipuamente voltadas ao legislador e que lhe impõe o dever de editar leis que criminalizem e punam (quase sempre em um grau severo) determinadas condutas.

São exemplos de normas mandamentais criminalizantes: aquelas previstas no texto constitucional brasileiro no art. 5º, incs. XLI (cláusula geral que proíbe discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais), XLII (combate ao racismo), XLIII (combate à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e aos delitos hediondos) e XLIV (combate à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático); e as dos arts. 225, § 3º (sanções por lesões ao meio ambiente) e 227, § 4º (coibição do abuso, da violência e da exploração sexual de crianças e adolescentes).

Além dos mandamentos criminalizantes, há também outras normas que apesar de não diretamente determinarem a utilização de tipos penais, podem ser consideradas como aptas a promover o direito fundamental à segurança. Moro (2014) apresenta uma sintética relação delas, possuindo, quase todas, liames com a processualística penal. Para todos esses casos, o respeito à Constituição exige uma postura ativa por parte do Estado, quer mediante ações normativas, quer mediante ações materiais. São exemplos:

a) a norma do art. 5º, inc. XXXV (garantia da proteção judiciária)

Em sua “versão clássica”, a norma acima referida quer significar a possibilidade do acesso à tutela jurisdicional contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Interessante notar que no âmbito do processo penal, pode ela tanto ser invocada sob o ponto de vista do réu ou investigado (no sentido de vedar abusos persecutórios), como também para a proteção e a tutela dos direitos da vítima lesionados pelo crime.

Nessa última perspectiva, a proteção judiciária surge como uma garantia de tutela do cidadão contra a ação criminosa de terceiros (incluindo aí agentes estatais), e agora constitui não uma proibição contra o Estado, mas cria a possibilidade de exigir dele, ao invés, uma postura ativa. Espera-se que, diante de uma infração penal, “o Estado tome as necessárias providências para a tutela dos direitos lesionados ou ameaçados de lesão, apurando, perseguindo, julgando e, se for o caso, punindo a conduta delitiva” (MORO, 2014, p. 564). A

proteção volta-se à pessoa da vítima, de seus familiares e da sociedade como um todo, e não do acusado ou réu.

Essa visão promove o desejado resgate da vítima no cenário de proteção judicial, por tanto tempo escanteada na ritualística processual penal. Vale destacar que a participação e o resgate da vítima no processo penal têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, realizável mediante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (RODRIGUES, 2014).

Destaque-se sobre o tema o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>27</sup> em seu art. 25, item 1, norma que sem dúvidas destaca a posição de proeminência da vítima na possibilidade de exigir seus direitos ante violações:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

GOMES e MAZZUOLI (2009) observam, a respeito do dispositivo convencional referido, que a palavra “recurso” deve ser compreendida não no sentido estrito de impugnação a decisões, mas sim no sentido amplo de meio ou instrumento jurídico apto à defesa – efetiva – de um direito. No próximo item deste trabalho, ao se demonstrar casos práticos de aplicação da mencionada norma, ver-se-á como a Corte Interamericana constitui o “acesso à jurisdição”, incluindo o da vítima, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

b) a norma do art. 5º, inc. LXXVII (razoável duração do processo)

Tal previsão igualmente possui dupla ótica: volta-se em favor do acusado do delito, evitando a ocorrência de uma persecução penal interminável, mas também almeja trazer garantias à vítima da infração penal ou a seus familiares, que possuem o legítimo interesse em ver, em tempo plausível, o fato devidamente desvendado e sancionado. É visto como desdobramento da cláusula anterior, que garante a proteção judiciária, em razão da clássica leitura de que justiça a destempo não é justiça efetiva.

Com Moro (2014, p. 566):

---

<sup>27</sup> Incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 678/1992.

É possível argumentar, com facilidade, que a demora excessiva do processo penal viola o direito de ambas as partes, do acusado ou do investigado, que dispõe do direito de ter a sua condição jurídica definida em tempo razoável, e igualmente da vítima, uma vez que a demora excessiva representa uma Justiça tardia e, portanto, ineficaz à violação de seus direitos.

Sentido bastante semelhante é trazido por Cruz (1998), para quem a demora excessiva na prestação jurisdicional viola a efetividade do processo e o princípio do devido processo legal processual. Arremata este autor afirmando que “a intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza e compromete a segurança jurídica” (1998, p. 12).

Sobre esse último enfoque, apresenta-se o posicionamento de Fernandes Araújo (1999), vazado em obra que investiga as responsabilidades estatais pelo descumprimento da razoável duração processual. Destaca o autor a relação entre a justiça tardia e a própria quebra da imagem e respeitabilidade desta (agora com maiúscula, a Justiça), ao asseverar que:

A morosidade processual viola, sem sombra de dúvida, direito fundamental da pessoa, que consiste na tutela jurisdicional sem dilações indevidas. Conflita, por isso mesmo, com o modelo democrático de magistratura. Quanto mais se adia a solução de um conflito, mais a Justiça se distancia do modelo ideal. Uma questão de credibilidade (FERNANDES ARAÚJO, 1999, p. 38).

Agregue-se ao ponto da perspectiva da vítima a existência de um amplo catálogo de possibilidades de ocorrência da prescrição penal, no Brasil, casos nos quais a pretensão punitiva é fulminada pela extinção da punibilidade.

c) a norma do próprio *caput* do art. 5º, que prevê a proteção do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade;

À perspectiva clássica, na qual os consagrados e fundamentais direitos acima referenciados são oponíveis contra agressões advindas do Estado, soma-se uma nova leitura, que passa a exigir dos poderes públicos prestações normativas ou fáticas contra agressões agora advindas de terceiros. É tarefa dos poderes públicos a promoção de tais direitos, notadamente mediante o implemento de condições legislativas (em sentido lato) e materiais que garantam sua efetivação.

Por conseguinte, se necessário for a proteger tais direitos à implementação de posturas criminais, essas não somente serão cabíveis, como passa a ser mesmo um dever

estatal suas previsões. É o caso, por exemplo, do estabelecimento de crimes tais como o do homicídio, o do sequestro ou o do racismo. É o caso ainda de se observar as prescrições ventiladas nos mandados constitucionais de criminalização, que a um só tempo veiculam conteúdos impeditivos (de leis que promovam a *abolitio criminis* em relação a certas figuras delitivas) e conteúdos prescritivos (de sanções a determinados comportamentos lesivos), nas lições de Barros Lima (2012).

Em processo penal, pode-se pensar na necessidade da existência de prisões processuais cautelares, com fins de resguardo da prova ou de proteção da ordem pública, ou ainda nas medidas destinadas a assegurar elementos probatórios ou a evitar a dilapidação do patrimônio ilegítimo, por exemplo. São, todas, espécies de prestações estatais necessárias a garantir a proteção contra posturas criminosas.

Além da previsão em abstrato das condutas atentatórias aos direitos fundamentais, é tarefa estatal da qual caberá se desincumbir, desde que vedada a justiça privada, a promoção eficaz da investigação, da persecução penal e bem ainda da punição aos infratores legais. Vale dizer, promover a própria “estruturação da segurança pública, com a criação de órgãos policiais encarregados da prevenção e investigação, do Ministério Público, encarregado da persecução, e do Judiciário, a quem cabe julgar os crimes” (MORO, 2014, p. 567).

d) a previsão do art. 144 da Constituição<sup>28</sup>, que carrega a prescrição de ser a segurança pública um “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, para os fins de preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e de seus patrimônios.

Trata-se, como se observa de sua própria redação, da norma que de forma mais cristalina imputa ao Estado – diretamente – deveres prestacionais em relação à garantia da segurança pública. Ressalta-se, categoricamente, o “dever” estatal dessa realização. A toda evidência, há que se dar concretude à previsão normativa constitucional, sob pena de a Constituição ser vista apenas como uma mera carta de intenções. Nesse sentido, a deficiência estatal na proteção do direito torna, de forma incontestada, desrespeitados os comandos normativos do art. 144. Há ofensa ao princípio que veda a proteção deficiente, reclamando a adoção de providências.

---

<sup>28</sup> Sobre o citado dispositivo, indica-se a leitura do capítulo antecedente.

## **2.4 DA TEORIA À PRÁTICA: ALGUNS CASOS CONCRETOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

O princípio que veda a ocorrência da proteção deficiente tem sido utilizado, quer direta, quer indiretamente, como razão de decidir em certas decisões judiciais e também como fundamento em determinadas manifestações jurídicas. Para facilitar o didatismo da exposição, opta-se por trazer alguns casos significativos que se basearam no princípio citado, dividindo-os em dois grupos: decisões/manifestações tomadas no cenário brasileiro e decisões advindas do sistema americano de proteção aos direitos humanos, notadamente da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

### a) no cenário nacional

Embora ainda se possa considerar de incipiente construção e utilização no direito nacional, já se verificou em importantes ocasiões referências expressas ao princípio que proscree a proteção ineficiente estatal.

É de fevereiro de 2006 o primeiro registro expresso a respeito do multicitado princípio pela Corte constitucional brasileira. Deu-se no decorrer do julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) do Recurso Extraordinário nº 418.376/MS. Em realização de voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes cuidou de explicitar o princípio em comento, justificando a necessidade e a legitimidade da sanção penal àquela hipótese. Tratava-se do seguinte caso: uma criança de nove anos de idade, que vivia com sua tia e o marido desta (seus tutores), começou a ser estuprada por esse último; quando então com 12 anos, engravidou do agressor e, então, passou a viver em uma espécie de união estável com ele. O réu, confesso, almejava a aplicação, para si, da extinção da punibilidade em face da incidência do então art. 107, inc. VII, do Código Penal. O dispositivo, vigente ao tempo do crime<sup>29</sup>, determinava que o casamento entre autor e vítima produziria a extinção da punibilidade; era nesse sentido o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio Mello. A divergência foi aberta em voto do Ministro Joaquim Barbosa, mas é no voto do Ministro Gilmar Mendes (que compôs a corrente divergente vencedora) que se pode extrair, quanto ao tema, o emblemático excerto:

---

<sup>29</sup> Foi revogado, posteriormente, pela Lei nº 11.106, de 28.3.2005.

Não se pode equiparar a situação dos autos a uma união estável, nem muito menos, a partir dela, reconhecer, na hipótese, um casamento, para fins de incidência do art. 107, VII, do Código Penal.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, **caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado**, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

**Quanto à proibição de proteção deficiente**, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. **A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental** (grifou-se).

Arrematou o Sr. Ministro demonstrando o liame entre a vedação à insuficiência da proteção e o princípio da proporcionalidade:

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos.

Conferir à situação dos presentes autos o *status* de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente.

Já em setembro de 2009 o princípio foi utilizado como fundamento principal da ação por inconstitucionalidade ajuizada pelo então Procurador-Geral da República Roberto Gurgel contra a nova redação do art. 225 do CP (dada pela Lei nº 12.015/09). Tal redação transformou a natureza da ação penal no caso de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave. Antes, tratava-se de ação penal de natureza pública incondicionada; após a edição da citada lei, passou a ser condicionada à representação, como regra. Percebendo, em seu sentir, a deficiência da proteção estatal da vida e da integridade física da vítima, e bem ainda o risco a uma maior impunidade, assim se manifestou a Procuradoria-Geral da República no que veio a ser a ADI nº 4.301, ainda pendente de julgamento pelo Supremo:

Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.

[...]

A ofensa aos princípios da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção

deficiente (ou insuficiente), e da dignidade da pessoa humana materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, tornando vulneráveis bens jurídicos da mais alta importância – vida e saúde – sem uma razão suficientemente forte que justificasse a opção legislativa.

Outra significativa decisão deu-se em fevereiro de 2012 pela 2ª Turma do STF. Ao apreciar a legalidade da criminalização do porte de arma desmuniada, entendeu ela pela aplicação do princípio multicitado. Em suma, a atuação do princípio que proíbe a proteção deficiente daria validade a tal tipificação, notadamente diante da atuação dos mandados constitucionais de criminalização.

Por emblemático, cita-se trecho do Acórdão produzido no *Habeas Corpus* nº 102.087/MG:

[...] 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: a Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbot*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebot*). **Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbot*). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.**

1.2. [...] **uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais** (grifou-se).

Idêntico posicionamento foi tomado pela 2ª Turma do Supremo no mês seguinte, em março de 2012, quando do julgamento do *HC* nº 104.410/RS, em caso que também versava sobre porte de arma desmuniada.

b) no cenário interamericano

Quanto à necessidade de uma atuação estatal eficiente, são deveras emblemáticos, no cenário interamericano, dois dispositivos presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada ao direito nacional pelo Decreto nº 678, de 6.11.1992. O primeiro deles, que inicia a Declaração, reforça categoricamente a obrigação estatal de respeitar e promover os direitos nela previstos. Refere-se ao artigo 1, item 1, que assim dispõe:

PARTE I - **DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS**

CAPÍTULO I - **ENUMERAÇÃO DE DEVERES**

**Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos**

**1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (grifou-se).**

O outro dispositivo é aquele destinado à garantia da “proteção judicial”. Trata-se do artigo 25, que contém a seguinte previsão:

Artigo 25. Proteção judicial

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

É de se ressaltar como o dispositivo expressamente faz referência à garantia de proteção de direitos fundamentais ante os atos de terceiros, ainda que estes sejam agentes estatais. Note-se que tal previsão é diversa daquelas outras que se encontram no artigo 8 da mesma Declaração, destinadas à pessoa do acusado ou réu<sup>30</sup>. O citado artigo 25 volta-se

<sup>30</sup> Estão no artigo 8, por exemplo, as seguintes garantias: (1) direito de ser ouvido, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei; (2) direito a que se presuma sua inocência enquanto não comprovada legalmente a

precipuaente à pessoa da vítima ou de quem esteja ameaçado de sofrer uma lesão em seus direitos fundamentais.

O Brasil já sofreu condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão do não cumprimento, a contento, da cláusula de proteção judiciária referida no mencionado artigo 25, e também do descumprimento da cláusula geral de respeito aos direitos (artigo 1, item 1). Na seara criminal, como se verá, a deficiência na apuração delitativa e na persecução penal tem sido, no mais das vezes, o motivo de tais condenações, pois restaram frustrados os direitos da vítima e/ou de seus familiares a uma devida atuação estatal.

Embora não haja uma citação expressa do princípio da proibição da proteção deficiente por parte da Corte ou da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as decisões abaixo relatadas deixam facilmente notar que a razão de decidir é, em essência, a omissão estatal ou a atuação em grau significativamente deficiente. Há sempre a requisição de posturas que visam resguardar a situação da vítima ou de seus familiares, notadamente no combate à inefetividade investigatória e persecutória. A impunidade é, ademais, apontada como propiciadora de recorrentes violações a direitos. Veja-se.

Um dos primeiros e mais emblemáticos casos de condenação do Brasil pela Corte Interamericana deu-se no julgamento, em julho de 2006, do caso *Ximenes Lopes v. Brasil*. Em 4 de outubro de 1999, nas dependências de uma casa de repouso na cidade de Sobral, estado do Ceará, veio a falecer de morte violenta, apenas três dias depois de internado, Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental. Na denúncia apresentada à Corte, referiu-se às condições desumanas e degradantes às quais Damião foi submetido durante sua internação na referida instituição, que era integrante do Sistema Único de Saúde (SUS). A morte foi creditada a uma série de severos maus-tratos sofridos enquanto internado para receber tratamento psiquiátrico.

Em sua sentença, a Corte Interamericana fixou a responsabilidade internacional do Brasil por violar, no caso em comento, o direito à vida, à integridade pessoal, à proteção

---

culpa; (3) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; (4) direito à comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; (5) direitos à concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; (6) de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; (7) de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; (8) de a defesa inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; (9) de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado; (10) de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior etc.

judicial e às garantias judiciais (consagrados, respectivamente, nos artigos 4, 5, 25 e 8 da Convenção Americana). Asseverou-se não ter o Estado proporcionado “aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das consequências das violações” (item 206 da Sentença exarada pela Corte Interamericana<sup>31</sup>).

Analisando o caso versado, Ramos (2016) destaca o descumprimento, pelo Estado brasileiro, de seus dois deveres principais em relação à assinatura da Convenção Americana de Direitos Humanos: dever de respeito e dever de garantia. Pelo primeiro, exige-se um “comportamento negativo do Estado, o de não permitir que seus agentes e órgãos violem os direitos protegidos”; já pelo segundo, que mais propriamente se aproxima da proibição da proteção deficiente, demanda-se uma atitude positiva estatal, na qual haja

[...] a adoção de todas as medidas necessárias para assegurar o gozo dos direitos e impedir que sejam violados. Caso a violação ainda assim ocorra, o dever de garantia acarreta a necessidade de investigação, persecução e punição dos autores da violação, bem como determinação de reparação às vítimas ou familiares (RAMOS, 2006, p. 12).

Outro caso que pode ser referenciado a respeito da implementação do dever de proteção estatal é o *Sétimo Garibaldi v. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana em setembro de 2009. Durante uma desocupação extrajudicial violenta ocorrida em 1998 num acampamento do MST, na cidade de Querência do Norte, Estado do Paraná, ocorreu o assassinato do trabalhador rural Sétimo Garibaldi. Alegou-se a responsabilidade do Estado brasileiro decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio ocorrido, vez que mais de dez anos depois da morte não havia sido dado deslinde ao caso. A Corte concluiu que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência no inquérito sobre a morte ocorrida, além de ter excedido qualquer prazo razoável para tanto, frustrando as garantias da proteção judiciária. Destacou-se que, conforme jurisprudência da Corte, a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos. Vale transcrever excerto substancial dessa que é uma das mais robustas decisões a versar o tema<sup>32</sup>:

82. [...] **O Estado tem o dever de investigar as violações de direitos humanos,**

<sup>31</sup> Disponível, na íntegra, em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>.

<sup>32</sup> Disponível, na íntegra, em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/caso11478port.doc>>.

**processar os responsáveis e evitar a impunidade.** A Corte definiu a impunidade como a falta, em seu conjunto, de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana e indicou que o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis, uma vez que **a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total indefesa das vítimas e seus familiares.**

86. [...] **O Estado tem o dever jurídico de prevenir razoavelmente as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas no âmbito de sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis, impor-lhes as punições pertinentes e assegurar à vítima uma adequada reparação.** Se o aparato do Estado atuar de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, o quanto antes possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição.

88. [...] **No cumprimento da obrigação de investigar e sancionar [...], o Estado deve remover todos os obstáculos e mecanismos de fato e de direito que mantenham a impunidade,** conceder as garantias de segurança suficientes às testemunhas, autoridades judiciais, fiscais, outros operadores de justiça e aos familiares das vítimas, bem como utilizar todas as medidas a seu alcance para diligenciar o processo (grifou-se).

Vale citar ainda, no que se refere a decisões da Corte Interamericana, o julgamento do caso *Gomes Lund e outros v. Brasil*, ocorrido em novembro de 2010. Tratava-se de fatos relativos ao evento conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, notadamente os crimes praticados por agentes estatais encarregados da repressão política durante o período ditatorial militar brasileiro. A Corte condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado de integrantes da Guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 1970, reputando inválida a chamada “Lei da Anistia” (Lei nº 6.683, de 28.8.1979).

Alegou-se a responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e camponeses, como resultado das ações conduzidas pelo Exército na região entre 1972 e 1975. Ao lado disso, solicitou-se a responsabilização do Brasil por não ter investigado tais violações, com a finalidade de julgar e punir os respectivos responsáveis, com respaldo na citada Lei de Anistia. Assim se pronunciou a Corte<sup>33</sup>:

127. (...) A aplicação de leis de anistia a perpetradores de graves violações de direitos humanos é contrária às obrigações estabelecidas na Convenção e à jurisprudência da Corte Interamericana. Em casos de execução e desaparecimento forçado, **os artigos 8 e 25 da Convenção estabelecem que os familiares das vítimas têm o direito a que essa morte ou desaparecimento seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais, que os responsáveis sejam processados e,**

<sup>33</sup> Sentença disponível, na íntegra, em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>.

se for o caso, punidos, e que se reparem os danos que os familiares tenham sofrido. Do mesmo modo, nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação [...].

(...)

140. Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica o dever dos Estados Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos. Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se reestabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos (grifou-se).

Apesar dos termos da decisão, a condenação da Corte Interamericana no caso acima citado ainda não foi cumprida, especialmente em face do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF. Na citada ADPF, julgada em abril de 2010, entendeu o STF pela *validade* da questionada Lei da Anistia. A questão ainda aguarda julgamento definitivo em face da interposição de embargos declaratórios infringentes.

Por fim, faz-se referência a outro caso de significativo destaque no que concerne à necessidade de atuação estatal em face de desrespeito a direitos fundamentais. Alude-se à decisão tomada, em abril de 2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Maria da Penha. Tal decisão impulsionou, no Brasil, a edição da Lei nº 11.340, de 7.8.2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em resumo, a Comissão recebeu, em agosto de 1998, denúncia apresentada pela senhora Maria da Penha Maia Fernandes, na qual se alegou a indesejada tolerância do Estado brasileiro para com a violência domiciliar cometida pelo próprio esposo da vítima na cidade de Fortaleza, estado do Ceará, durante os anos de convivência matrimonial, que culminou numa tentativa de homicídio e severas agressões durante o ano de 1983. Maria da Penha, em decorrência do ocorrido, tornou-se paraplégica irreversível e ainda adquiriu outras enfermidades. Denunciou-se a inação estatal, por não haverem sido tomadas – por mais de 15 anos – as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias

efetuadas.

Ao cabo, a Comissão Interamericana concluiu que o Brasil violou, em prejuízo da vítima, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pela Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1.1 do referido instrumento. Asseverou-se também que essa violação seguia um indesejável padrão discriminatório com respeito à tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil, por ineficácia da ação judicial. Recomendou-se, ainda, ao Estado a realização de uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável. Também foi recomendada a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.

## **2.5 À GUIA DE CONCLUSÃO DESTE CAPÍTULO**

Todas as decisões e manifestações citadas, nacional ou internacionalmente, deixam ver que o fundamento da proibição da proteção deficiente é a necessidade da integral tutela estatal. Integral porque não basta agora o respeito dos poderes públicos aos direitos do acusado ou do réu; estes, é bem verdade, continuam valorizados e mais do que nunca apresentam forte linha de consolidação. A novidade no tema é o necessário respeito aos direitos de proteção da parte atingida (ou ameaçada de sê-lo). Na seara criminal, falar-se-á dos direitos da vítima, de seus familiares e da sociedade.

Tal proteção integral passa a exigir do Estado posturas ativas, concretizadoras das garantias constitucionais, e que basicamente decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reveladoras dos deveres de tutela estatal, tal como visto no capítulo anterior.

De uma forma simplificada, pode-se dizer que, a princípio, deve o Estado adotar posturas legislativas e executivas que obstem a violação de direitos fundamentais por parte de terceiros (inclusive de agentes estatais). Mas se a violação, por qualquer motivo, vier a ocorrer, é igualmente dever estatal a garantia de uma exaustiva e completa apuração, persecução e punição dos culpados, não se olvidando ainda a reparação dos atingidos. São, assim, planos de prevenção e de repressão, cada qual acionado em seu respectivo momento,

mas que atuam juntos no cumprimento dos deveres estatais de garante dos direitos fundamentais.

Na seara penal, como se viu alhures, uma das formas de realização desses deveres é a própria criação e manutenção de tipos penais que tragam algum âmbito de proteção a bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade. Tal proceder encontra-se na esfera legislativa de atuação. Nada obstante, é possível levantar obrigações tão ou mais importantes nas esferas executivas (pense-se, por exemplo, nos deveres policiais de proteção) ou na judicial (a garantia eficaz do acesso à justiça). Na essência, está a ausência de postura estatal (quando devida) ou ela é realizada aquém do desejado.

Já especificamente quanto ao âmbito da processualística penal, que mais de perto interessa a este trabalho, a referida proteção, que se deseja ver realizada em sua inteireza (proteção aos supostos violadores e aos violados), responde por uma expressão: o “garantismo integral”, ou mais propriamente a “leitura integral” da doutrina do garantismo, tema que será explanado no capítulo que segue.

### **3 A DOCTRINA DO GARANTISMO ENTRE OS DIREITOS DA LIBERDADE E OS DIREITOS SOCIAIS**

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, que grassa na seara penal e processual penal (particularmente referida como o “garantismo penal”). O desafio que se impõe, hodiernamente, parece ser encontrar sua perfeita medida, o ponto de equilíbrio no qual nem direitos individuais de liberdade, nem direitos que são usufruídos no cenário coletivo/social resem comprometidos.

O encontro dessa “justa medida” não chega a ser novidade em termos de desafio imposto de forma geral à seara criminal. Não por outro motivo, Denilson Feitoza (2009, p. 55) o denomina de a “contrariedade fundamental” dos fins da persecução penal, que contrapõe o princípio instrumental punitivo ao princípio instrumental garantista. “Quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria, mais se distancia da garantia dos direitos fundamentais”, sendo o contrário também verdadeiro, vale dizer, “quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (do acusado), mais difíceis se tornam a coleta e a produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria”, conclui o autor (FEITOZA, 2009, p. 56).

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. É a essa discussão que este capítulo se dedica.

#### **3.1 A TEORIA DO GARANTISMO “PENAL” – ONDE TUDO COMEÇA**

Pode-se dizer que a doutrina do garantismo apresenta conexões diretas 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 liame é a adoção de uma perspectiva de certa “desconfiança” quanto ao papel do Estado, visto como um grande desrespeitador de direitos. Carvalho (2008, p. 41) anotou sobre o período da Ilustração, o que pode igualmente servir ao contexto do surgimento da doutrina garantista, que se percebe

[...] claramente um programa de intervenção penal limitada cuja centralidade é a tutela dos direitos individuais contra os poderes irracionais, públicos (Estado) e/ou privados. Sem embargo, tal concepção possibilita um entendimento, ainda que não explícito, pessimista, do poder estatal, pois geneticamente propenso à violação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Apesar desses 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* (TRINDADE, 2012). A ideia geral transmitida por tais 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 apresenta um prodigioso diferencial – a direta conexão com o novo papel do direito constitucional surgido com o segundo pós-guerra.

Seguindo 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 à sua vulnerabilidade social (BENTO, 2012). Resumidamente, a sua forma de atuação parece não ser complexa: criar e implementar diversas “garantias” (daí a nomenclatura) aos direitos fundamentais.

Já a consolidação do termo ocorre no final da década de 80, notadamente em seu por assim dizer “berço de nascimento”, a seara penal. De fato, é a partir dos trabalhos de pesquisa e atividades desenvolvidas pelo professor italiano Luigi Ferrajoli<sup>34</sup> – que culminaram, em 1989, com o lançamento da obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*<sup>35</sup> – que o

<sup>34</sup> Luigi Ferrajoli nasceu em 6 de agosto de 1940, na cidade de Florença, Itália, e atuou como juiz italiano entre 1967 e 1975, período em que esteve ligado ao grupo denominado “Magistratura democrática”, uma associação de juizes de orientação progressista. A partir de 1970, foi professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino e também foi diretor da *Facoltà di giurisprudenza* (Faculdade de Direito). Desde 2003, leciona como Professor Ordinário de Teoria e Filosofia do Direito da *Università degli Studi Roma Tre*.

<sup>35</sup> As referências deste trabalho serão sempre à versão traduzida para o português, que possui o semelhante

“garantismo penal” passa a ser amplamente discutido mundo afora. Na introdução da 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 alimentadas (FERRAJOLI, 2014, p. 15).

O “garantismo torna-se, então, o nome da teoria liberal do direito penal, ou seja, do paradigma normativo – de matriz iluminista – do ‘direito penal mínimo’” (IPPOLITO, 2011, p. 36). Luigi Ferrajoli destaca os laços que unem a sua teoria ao Iluminismo em vários momentos da obra. Destaca-se esse significativo trecho, 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 moral (FERRAJOLI, 2014, p. 16).

No excerto acima nota-se outro ponto que é objeto de constante crítica do pensamento do autor italiano: o decisionismo judicial. Por toda aquela 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 punitivo”, como pontuou, baseado em “esquemas penais arcaicos do tipo substancialista e inquisitório” (2014, p. 17). Tal autoritarismo estaria cedendo a uma pressão conservadora, que concebe o direito penal como técnica de controle social, segundo variadas concepções: “idealistas, ético-estatais,

---

título de “Direito e razão: teoria do garantismo penal” e pode ser encontrada sob o registro “FERRAJOLI, 2014”.

positivistas, irracionais, espirituais, correcionais ou também puramente tecnicistas e pragmáticas” (2014, p. 18).

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 prática 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 inocência<sup>36</sup>);
- 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 estão sempre em um degrau mais abaixo da lei”, porque submetidas a “contingentes imperativos de eficiência” (FERRAJOLI, 2014, p. 19).

As divergências apontadas formariam, ainda no magistério inicial ferrajoliano, espécies de subsistemas de direito criminal, todos de viés autoritário e permeados pela ampla discricionariedade judicial, por meras razões de segurança e por um modelo de justificação dos meios sobre os fins.

Carvalho (2008, p. 78-79) assim resume a crítica e o posicionamento do garantismo penal do autor italiano:

[...] o discurso garantista propõe um saber (jurídico-político) alternativo ao neobarbarismo 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

<sup>36</sup> Todos os exemplos aqui mencionados são apresentados pelo próprio Ferrajoli.

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, potencializadas 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.

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, Ferrajoli (2014, p. 89) constrói seu modelo de garantias penais e processuais penais em forma de dez axiomas base, seguindo uma técnica de “proposições de implicação” ou “condicionais”, 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 que necessita ser verificada para que uma pessoa seja submetida a uma pena. Atua assim, cada qual, como uma garantia jurídica, como *conditio sine qua non* que deve se fazer presente para que se possa chegar à responsabilidade penal e à aplicação da pena.

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 que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer. “Trata-se, em outras palavras, de implicações deônticas, normativas ou de dever-ser” (2014, p. 90), um “modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável” (2014, p. 91). 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* (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

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 *jurisdicionariade*, 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 (FERRAJOLI, 2014, p. 91, 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*” (FERRAJOLI, 2014, p. 92). Como se vê, os tais teoremas derivados surgem de uma espécie de “cruzamento” entre os dez axiomas principais, estes últimos não deriváveis entre si. O conjunto completo configuraria o 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 que Ferrajoli (2014, p. 93) 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 arbitrarias 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” (FERRAJOLI, 2014, p. 39). 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.

Todos os princípios fundamentais e derivados que compõem e norteiam o sistema garantista SG servem, em resumo, a uma particularmente interessante função: identificar o que o autor denomina de “desvio penal”. 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 espirituosa expressão de Ippolito (2011, p. 37), um “neoiluminismo penal”.

### **3.2 DO GARANTISMO “PENAL” À TEORIA GERAL DO GARANTISMO**

Como teoria humanista que é, o garantismo ganhou 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 estatal (BENTO, 2012). Feldens (2008b, p. 65) chega a 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 lei (BARROSO, 2015), 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 na práxis jurisdicional e executiva.

Tais robustas 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 – a seara criminal. Aliás, esse pareceu ser desde sempre o desejo do próprio Ferrajoli, ao afirmar na quinta e última parte de seu *Diritto e ragione* que a palavra garantismo e seus principais significados poderiam “ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico”, no que formaria, em sua própria denominação, uma “teoria geral do garantismo” (FERRAJOLI, 2014, p. 785). “Muitas das reflexões teóricas e filosóficas desenvolvidas neste livro, porquanto solicitadas pela atual desordem do nosso<sup>37</sup> direito penal, podem de fato ser estendidas também a outros setores do direito público”, desde que eles apresentem, de forma semelhante à que o autor vê na seara criminal italiana, “uma crise estrutural das garantias do Estado de direito”, justificou (FERRAJOLI, 2014, p. 21).

Nesse viés de uma “teoria geral”, Ferrajoli explicita que o garantismo teria então um tríplice significado, passível de utilização em todas as searas jurídicas (v.g., direito civil, constitucional, administrativo, internacional, do trabalho<sup>38</sup>).

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 Estado (FERRAJOLI, 2014, p. 785-786).

Em um segundo significado, seria uma “teoria jurídica da validade e da efetividade”, que se destinaria a expor as divergências existentes entre as normas (tendencialmente garantistas) e as práticas operacionais (que seriam, em sua ótica, tendencialmente antigarantistas). Essas divergências poderiam resultar na constatação de que uma norma é válida, todavia, sem efetividade da proteção (FERRAJOLI, 2014, p. 786-787).

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” (FERRAJOLI, 2014, p. 787-788).

---

<sup>37</sup> A referência é ao direito penal italiano.

<sup>38</sup> A enumeração exemplificativa é do próprio Ferrajoli (2014, p. 788).

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 distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexas 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 vigentes (FERRAJOLI, 2014, p. 788).

Em *Diritto e ragione*, todavia, Ferrajoli apenas prenunciou sua teoria geral. Foi em escritos posteriores que o autor veio a desenvolver, em sua rica produção acadêmica, a doutrina do garantismo como pilar de sustentação de uma teoria da democracia constitucional. Tudo foi sintetizado e apresentado com robustez especialmente na sua monumental obra *Principia Iuris*<sup>39</sup>, editada originalmente em 2007 e composta de três volumes. Lançando mão do que ele denomina de “método axiomático”<sup>40</sup>, Ferrajoli apresenta uma ampla teoria geral do direito positivo moderno, em um primeiro momento, para ao depois serem apresentadas as formas jurídicas de uma democracia de fundo constitucional.

De forma bem sintética, pode-se dizer que a rigidez causada pela constitucionalização dos direitos fundamentais produziu uma dimensão dita “substancial” do conceito democracia, ligada ao que pode ou ao que deve ser decidido pelo legislador ordinário – o que ele chamou de “esfera do indecidível” (FERRAJOLI, 2013b, p. 775; 2015, p. 19). Essa dimensão se juntaria a outra mais tradicional de democracia, batizada pelo jusfilósofo de “formal” ou “procedimental”, que se relaciona sobre *quem* poderá decidir e *de que forma* (*como*) isso pode ser realizado.

Essa ampla configuração da democracia transformar-se-ia em um modelo normativo articulado nas variadas frentes ligadas aos diferentes direitos fundamentais: democracia política, democracia civil, democracia liberal e democracia social. A cada uma liga-se a doutrina das garantias: respectivamente, a garantia dos direitos políticos, a garantia dos direitos civis, a garantia dos direitos de liberdade e a garantia dos direitos sociais. Arrematando, Ferrajoli assevera que todo esse conjunto “pode muito bem ser considerado a

<sup>39</sup> Neste trabalho referenciada como “FERRAJOLI, 2013b”.

<sup>40</sup> Uma técnica que se vale “*de fórmulas en lenguaje simbólico impuesto por las exigencias de la formalización y del cálculo*” (FERRAJOLI, 2013b).

outra face do constitucionalismo e o pressuposto jurídico da efetividade da democracia” (2015, p. 24).

Vale ainda, neste breve esboço descritivo, definir o que em última análise se entende por “garantias”, conceito elementar do qual brota toda a teoria geral garantista. Para Ferrajoli, garantias são uma técnica de tutela de direitos fundamentais, sejam eles direitos negativos que exigem um respeito por parte de outros (tais como o direito à liberdade), sejam eles direitos positivos, que, regra geral, exigem uma atuação estatal para o seu atendimento (tais como os direitos sociais). A garantia seria, portanto, equivalente a uma obrigação correspondente à expectativa positiva do direito previsto (FERRAJOLI, 2013b). Embora esse seja o sentido mais corrente de garantias, outras funções mais heterodoxas são também acrescentadas ao conceito de garantias na corrente ferrajoliana, são elas: “*la obligación de anulación correlativa a la expectativa de anulabilidad de los actos inválidos y la de condena correlativa a la expectativa de la responsabilidad por actos ilícitos*” (FERRAJOLI, 2013b, p. 630). Essas seriam as genericamente chamadas garantias de anulabilidade e de responsabilidade (ou garantias secundárias), enquanto os casos anteriores se denominariam garantias dos direitos subjetivos (ditas garantias primárias). Em resumo,

*Las garantías primarias son, pues, las garantías de los derechos; las garantías secundarias lo son en cambio de la anulabilidad y de la responsabilidad frente a las posibles violaciones de las primeras por obra de actos inválidos o de actos ilícitos. En ambos casos se trata de deberes. En concreto, mientras que las garantías primarias son deberes consistentes o en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean positivos o negativos, las garantías secundarias son siempre y sólo obligaciones, consistiendo en la obligación de la anulación o de la condena correlativa a esas particulares expectativas positivas que son la anulabilidad y la responsabilidad. [...] Pero son precisamente las garantías secundarias las que caracterizan específicamente al derecho positivo frente a todos los demás sistemas normativos gracias a la efectividad que permiten asegurar mediante la coerción y el uso regulado de la fuerza (FERRAJOLI, 2013b, p. 631-632).*

A doutrina (geral) do garantismo, por conseguinte, passa a designar assim um conjunto de garantias, ou seja, um conjunto de limites e vínculos impostos a todos os poderes (públicos ou privados, políticos ou econômicos, de nível nacional ou internacional) a fim de tutelar, por intermédio de sujeições à ordem jurídica e especificamente aos direitos fundamentais, tanto a esfera privada contra os poderes públicos como a esfera pública contra os poderes privados. Nesse sentido, o garantismo “*es la otra cara del constitucionalismo*” (FERRAJOLI, 2013b, p. 188).

É por tudo isso que Feldens (2008b, p. 67), analisando os caracteres da doutrina capitaneada pelo professor peninsular, 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 ante 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, dos 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 ante a ameaça de lesões. Nesse viés ampliado, o princípio que proscree a proteção deficiente também apresenta íntima relação com a teoria garantista. Antes de este trabalho chegar a tal relação, todavia, cuidar-se-á de explicitar a dita leitura “integral” do garantismo ferrajoliano e as críticas referentes a essa postura.

### 3.3 A LEITURA “INTEGRAL” DO GARANTISMO

Acima se descreveu, em linhas bem gerais, o que se poderia denominar a versão “clássica” do garantismo penal e, ainda, a expansão proposta por Ferrajoli de sua teoria rumo à generalidade do Direito. Como se viu, a linha mestra de atuação da vertente clássica de surgimento do garantismo (penal) é a defesa das liberdades individuais ante os possíveis abusos do poder público, sejam eles de ordem legislativa, executiva ou jurisdicional.

Na seara criminal, notadamente na obra primária *Diritto e ragione*, o polo de referência foi, assim, sempre o daquele que se vê investigado ou processado, atuando o garantismo como uma espécie de “escudo” em face de possíveis investidas desarrazoadas advindas de agentes estatais, em seu sentido mais lato. Na tradicional classificação dos direitos fundamentais, tal garantismo poderia ser enquadrado na categoria dos direitos de

defesa ou de liberdade, pertencentes à primeira geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais e que traduzem posições oponíveis ao Estado (BONAVIDES, 2008). Adviria da clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos, de berço iluminista, que informa que tais direitos se postam

[...] contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal (MENDES, 1999).

Nos capítulos anteriores deste trabalho viu-se como os entes estatais, no desenrolar histórico, também foram incumbidos dos deveres de atuação. Notadamente com o surgimento da perspectiva da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, que transformou o texto constitucional em uma ordem de valores, passou-se 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 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 transformação (BONAVIDES, 2008). Com o desenvolvimento destes, eles passam a ser tão justiciáveis 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 geração (BONAVIDES, 2008, p. 567, com destaques aspeados no original).

Outrora visto apenas como algoz dos direitos fundamentais, o Estado busca ser um promotor, executor e protetor deles. Agora, a omissão estatal ou a sua atuação de forma deficiente aparecem como novas mazelas a ser combatidas, pois dos poderes públicos se passa a esperar a garantia e a promoção de vários direitos de cunho social, entre 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 que a atuação estatal de promoção da segurança – seja em viés preventivo, seja em viés repressivo – se efetive. Assim, a deficiente atuação estatal é igualmente antijurídica.

Fala-se, então, em direitos fundamentais a prestações, ou direitos fundamentais positivos. Com Mendes (1999):

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-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta podem revelar-se afrontosas aos direitos fundamentais.

[...]

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 fáticas 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.

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, v.g.), por via executiva (na implementação dos deveres de proteção), ou ainda por intermédio judicial (porquanto 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 Krebs (*apud* MENDES, 1999).

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 esquecido aspecto da doutrina garantista em terras brasileiras. Utilizando-se da terminologia “garantismo positivo” (FISCHER, 2009), chama-se a atenção para um outro lado, a um contraponto, por assim dizer, do já mais conhecido garantismo (penal e processual), em seu viés tradicional, com base nas lições preliminares de Luigi Ferrajoli. A proposta liberal clássica explorada pelo autor peninsular, na qual sobressaem os direitos do indivíduo em face do Estado, passa a receber a designação de “garantismo

negativo”<sup>41</sup> (STRECK, 2005), como referência aos deveres de não atuação estatal presentes em seus postulados.

Defende-se que ambas as dimensões (positiva e negativa) não poderiam ser olvidadas. Tal leitura em conjunto passa a ser referida como um garantismo penal “integral”<sup>42</sup>. Neste, “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” (FISCHER, 2013, p. 40). Ressalta-se que a doutrina das garantias possuiria, em sua essência, uma composição 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 mais balanceado nasce especialmente de uma crítica que observa que uma leitura isolada do garantismo tradicional (tido como “negativo”) tornaria desequilibrado o sistema de justiça penal, além de não efetivar várias das promessas constitucionais modernas (notadamente aquelas ligadas aos direitos sociais, econômicos e culturais). Afirma-se que haveria a observação e promoção, tão somente, de um dos polos da equação, que teria (unicamente) suas reivindicações atendidas. Nesse sentido, ter-se-ia um indesejado “garantismo hiperbólico monocular”, na perspicaz expressão cunhada por Fischer (2009). Monocular, porque apenas a um dos lados enxerga e aproveita; hiperbólico, porque sua medida destoia do que se espera razoável, restando excessivamente desequilibrada essa balança que contrapõe direitos de defesa e direitos de vítima/sociedade. 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.

---

<sup>41</sup> 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, nem o termo “negativo” tem conotação de algo prejudicial, nocivo ou pejorativo. As expressões referem-se à necessidade, ou não, de uma atuação estatal.

<sup>42</sup> A rigor, o que se propõe é mais uma “leitura” integral dos postulados garantistas da doutrina ferrajoliana do que, propriamente, outra espécie de garantismo. Isso está bastante evidente em Fischer (2009 e 2013), no qual se observa que a crítica se foca no fato de que parte da doutrina brasileira não estaria fazendo uma leitura ampliada, completa, “integral”, das lições de toda a obra de Ferrajoli.

(...)

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”. Hodiernamente (e já assim admitia Ferrajoli embrionariamente, embora não nessas palavras), o garantismo penal não se esgota numa visão de coibir (apenas) excessos do Leviatã (numa visão hobbesiana) (FISCHER, 2009).

Streck (2005) é outro autor que de forma semelhante apresentou<sup>43</sup> críticas a essa visão unilateral do garantismo em terras brasileiras. Dando ênfase ao que seria uma espécie de visão preconceituosa em relação às atividades estatais, destacou que:

Os penalistas liberal-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 liberal-iluministas, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem uma 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 Streck (2005), se estenderia à doutrina nacional que isoladamente cuida apenas do prisma negativo garantista. Em sua ótica, estaria se olvidando da função do Direito Penal – a proteção de bens jurídicos fundamentais. 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*).

---

<sup>43</sup> Utilizou-se propositadamente o tempo verbal no passado tendo em vista que dos últimos escritos e posicionamentos públicos do autor gaúcho não se pode afirmar, com certeza, se ele ainda mantém tal linha de raciocínio. Confirmam-se, por exemplo, os artigos opinativos veiculados na Revista eletrônica Consultor Jurídico: “Constituição Federal é garantia contra o poder autoritário estatal”, publicado em 14 nov. 2017 (disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-14/streck-constituicao-garantia-poder-autoritario-estatal#author>>) e “Imperdível: professor e juiz explicam a literalidade da Constituição”, publicado em 1 mar. 2018 (disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/senso-incomum-imperdivel-professor-juiz-explicam-literalidade-constituicao>>).

Investigando as possíveis raízes dessa unilateralidade de interpretação garantista que ocorreu especialmente no Brasil, Fischer (2013) afirma que isso provavelmente é tributário dos 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 em face dos interesses estatais. Era natural que a doutrina prevalente e as práticas jurisdicionais que se seguiram ao marco de 1988 trouxessem ênfase, assim, aos direitos individuais.

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 democrática. (FISCHER, 2013, p. 26, com destaques em itálico no original.)

O reajuste do equilíbrio das forças era não só devido, como extremamente necessário. 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 buscou (como ainda busca) 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 persecução penal.

A doutrina que levanta tal necessidade de uma leitura “integral” dos postulados garantista ferrajolianos não é, porém, isenta de censura. Como tal proposta é própria das terras brasileiras, igualmente as críticas a esse proceder daqui mesmo são oriundas. Cuidar-se-á delas no tópico seguinte, além de se pretender fazer certo juízo de valor sobre as arguições objetadas.

### 3.4 CRÍTICAS E CONTRACRÍTICAS À LEITURA “INTEGRAL” DO GARANTISMO

Os argumentos contrários à tese do garantismo dito integral centram-se, em suma, na ideia de que tal “integralidade” estaria desnaturando a doutrina original de Luigi Ferrajoli a ponto de não se poder mais qualificá-la ou adjetivá-la. Seria, no particular, outra teoria. Estar-se-ia, por assim dizer, esticando por demais a corda, a ponto de ela ter se rompido das configurações primitivas e próprias do pensamento do jusfilósofo italiano.

As críticas vieram de renomados professores/autores brasileiros, podendo ser elencados: Elmir Duclerc (2013)<sup>44</sup>, Salah H. Kaled Jr. (2015)<sup>45</sup>, Alfredo Copetti Neto e Ana Cláudio Pinho (2017). Esses dois últimos autores, em artigo intitulado “Garantismo integral: a ‘teoria’ que só existe no Brasil”<sup>46</sup>, parecem sintetizar o cerne das críticas. Segundo afirmam, o dito garantismo integral seria uma deturpação conceitual da doutrina ferrajoliana, que a rigor não estaria nem nessa figura do “integral”, nem ainda na figura do “garantismo hiperbólico monocular”. Para tais autores, o garantismo (original) de Ferrajoli partiria de pressupostos estruturais que não se coadunariam com nenhuma das novéis versões apresentadas. Seriam estes os pressupostos:

“a) o conceito segundo o qual os direitos sociais, comparados aos direitos de liberdade, não passam de uma titularidade individual para uma titularidade coletiva, na medida em que o que muda não é a titularidade do direito, mas a expectativa do indivíduo titular, de uma não lesão, no direito de liberdade, para uma prestação, no direito social;

b) a (teoria da) interpretação, no viés garantista de Ferrajoli é metateórica, e isso quer dizer que os princípios elencados pelo garantismo integral, como os princípios da proteção deficiente e da proibição em excesso, não podem servir como base para a criação jurídico-normativa pelo Poder Judiciário, porque I – rompem com a Separação de Poderes e II – porque resvalam na falácia de Hume, confundindo o dever-ser normativo do direito com o ser efetivo da aplicação do direito;

c) o garantismo positivo não está vinculado à ideia de interesse da sociedade de forma abstrata, mas sim à ideia segundo a qual o Estado tem deveres não somente de não lesão, mas de prestação, a fim de cumprir as garantias positivas determinadas pelos direitos individuais sociais”. (NETO; PINHO, 2017).

<sup>44</sup> Com o artigo “Garantismo penal integral ou defensivismo *diet*?”. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Garantismo-Penal-Integral-ou-Defensivismo-Diet.pdf>>.

<sup>45</sup> Com o artigo “Garantismo *à la carte*: integral, desnatado ou semidesnatado”. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>>.

<sup>46</sup> Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>>.

Aos pressupostos acima lançados pode ser acrescido mais um, levantado em outro artigo de Ana Cláudia Pinho, agora em parceria com o também professor Fernando da Silva Albuquerque (2017)<sup>47</sup>, o de que (d) não poderia haver um garantismo penal integral porque, na seara criminal, a teoria dedicar-se-ia exclusivamente ao núcleo liberal dos direitos fundamentais, vale dizer, à proteção tão somente de direitos individuais.

Já Elmir Duclerc (2013), em ácida crítica, vai mais longe, ao comparar o garantismo integral com tendências autoritárias de direito penal máximo, que de forma sorrateira esconderiam um novo defensivismo social, na esteira de movimentos de política criminal conservadores, tais como o do “direito penal do inimigo”, de Jakobs (2012).

Sobre as críticas levantadas, os cultores da leitura integral do garantismo já também se manifestaram, pelo menos em relação a parte delas. Fischer (2013b), em artigo específico destinado a se contrapor aos questionamentos de Duclerc, parece apresentar a argumentação de que este último autor teria cometido certo equívoco interpretativo sobre o real intuito do garantismo integral. Defende o autor gaúcho, em suma, que a doutrina integralista tem considerado inadequado na interpretação brasileira de Ferrajoli é que sejam aproveitadas apenas partes da Constituição – “unicamente”, menciona, “os direitos dos investigados/processados”. A proposta, assim, seria que fosse restabelecida a totalidade do vasto tema garantismo, segundo o pensamento “integral” de Ferrajoli. O equívoco, assim, estaria na leitura feita no Brasil, e não na teoria original em si.

De fato, na expressa maioria dos autores que propõem a leitura integral do garantismo, tem-se notado ser essa a tônica das argumentações: a vedação à utilização unilateral das bases teóricas de Ferrajoli, bem como a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos da liberdade (do suspeito/acusado/réu/condenado), fundamentados em um direito penal mínimo, e os direitos à segurança e à efetiva resposta judicial (da vítima, dos familiares desta e da sociedade como um todo).

Em artigo no qual propõe uma reflexão sobre o garantismo penal praticado no Brasil, Jardim (2014) também parece advogar a tese do necessário equilíbrio das funções do direito criminal: “não é valioso punir a qualquer preço. Por outro lado, a falta de eficácia do processo penal e a ineficiência das instituições do Estado de Direito só levam à desmoralização da democracia”.

---

<sup>47</sup> Trata-se do artigo intitulado “O *dress code* do garantismo penal de Luigi Ferrajoli”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>> #sdfootnote5sym>.

Como a discussão a respeito do cabimento ou não de uma “leitura integral” do garantismo penal ferrajoliano liga-se ao núcleo discutido neste trabalho monográfico, parece interessante trazer algumas pontuações sobre as principais críticas tecidas e acima sintetizadas. Vale destacar que a partir de agora já se está em juízo próprio do autor deste trabalho, nada obstante baseado integralmente em escritos do próprio Ferrajoli, quer em *Diritto e ragione*, quer, em especial, naqueles posteriores.

A princípio, cabe deixar assente um ponto que – aparentemente – tem ares de pacificidade. A atual configuração penal e processual penal brasileira, desde a Constituição de 1988, é vista como de índole garantista. A mera leitura do art. 5º do texto constitucional, que concentra cerca de 40 incisos (dos 78) sobre matéria criminal, parece não permitir outra leitura, visto que deixa claramente antever a adoção de um direito penal mínimo, com amplas limitações ao poder punitivo e garantias processuais, forte em tornar realidade os direitos fundamentais. A discussão, assim, parece girar mais em torno da dose do remédio, por assim dizer, do que propriamente se haverá ou não de se fazer uso da medicação, *in casu*, o garantismo.

Nessa tentativa de se encontrar um ponto (ideal) de equilíbrio, necessário se faz um esclarecimento logo de partida: ao invés de propor um “garantismo integral”, no sentido de que o original (ferrajoliano) não teria completude ou seria parcial, a doutrina brasileira que destaca a referida tese parece querer sim seja realizada, notadamente em terras locais, uma “leitura integral” do garantismo. Se se faz referência, de forma simplificada, a um “garantismo integral”, parece ser apenas por uma metonímia.

Isso parece tratar-se de uma nuance, porém é algo significativo. Basicamente, tem-se a sensação de que, em verdade, não se está a discutir se a teoria de Ferrajoli é ou não completa (no sentido de almejar proteção a todos os direitos fundamentais, vale dizer, do acusado/réu e da vítima/sociedade), pois se parece partir do princípio de que ela quer abarcar e proteger direitos das vítimas e também direitos sociais<sup>48</sup>, mas que a leitura que parcela dos operadores do Direito estaria fazendo no Brasil tem sido tão somente a unilateral, no sentido da proteção meramente do acusado ou do réu.

A respeito das críticas particularmente levantadas que impediriam ou desautorizariam uma “leitura integral” do garantismo, ter-se-ia então:

---

<sup>48</sup> Tema mais adiante abordado, ao se contrapor às críticas levantadas no item “d” (abaixo).

a) o conceito segundo o qual os direitos sociais, comparados aos direitos de liberdade, não passariam de uma titularidade individual para uma titularidade coletiva, na medida em que o que muda não seria a titularidade do direito, mas a expectativa do indivíduo titular, de uma não lesão, no direito de liberdade, para uma prestação, no direito social (NETO; PINHO, 2017).

Embora seja em parte correta a afirmação acima trazida, não parece ela alterar a verdade da possibilidade de a doutrina ser aplicada em terreno de direitos sociais, quer sob a perspectiva coletiva, quer sob a perspectiva individual. A mudança parece ser apenas de ótica, de ponto de vista. Diz-se que é apenas parcialmente correta porque Ferrajoli não chega a negar a existência de direitos coletivos, como adiante se demonstrará, embora concentre sua teoria na figura dos “direitos subjetivos”<sup>49</sup>.

Igualmente é possível falar em direitos – individuais – da vítima e de cada um dos demais indivíduos que compõem a sociedade de um determinado país, notadamente decorrentes do dever de todos de *neminem laedere*. Isso fica bastante evidente, por exemplo, nessa passagem de *Principia Iuris*:

*[...] la correlación de los derechos con los deberes sirve para redefinir la extensión de los primeros en las relaciones entre particulares. Si todos tienen la prohibición de matarme, de golpearme o de robarme, yo tengo frente a todos el derecho a no ser matado, golpeado o robado. Más en general, al deber de todos de *neminem laedere* corresponde el derecho, igualmente de todos, a no ser lesionados por nadie* (FERRAJOLI, 2013b, p. 616).

Tanto isso aparenta ser verdade que o próprio autor faz uso – expressamente – da denominação “garantismo social” (FERRAJOLI, 2013a), mencionado como uma das técnicas que buscam a efetiva tutela ou satisfação dos direitos constitucionais fundamentais nesse plano, vale dizer, no plano dos direitos sociais<sup>50</sup>. Por “garantismo social” entende-se o “conjunto de garantias [...] que visam satisfazer os direitos sociais, como o direito à saúde, à

<sup>49</sup> Em sua vasta obra é central a figura dos ditos “direitos subjetivos”, que Ferrajoli define de uma forma bastante ampla como sendo correspondente a toda expectativa de prestação ou de não lesão (FERRAJOLI, 2013b, p. 605). Em suas palavras, “*Esto quiere decir que derechos subjetivos son no sólo aquellos nominativamente previstos como tales, sino también todas las expectativas de no lesión o de prestación generadas, en tutela de intereses de sus titulares, por la existencia de los respectivos deberes de prestación o de no lesión*” (FERRAJOLI, 2013b, p. 615).

<sup>50</sup> O autor exemplifica o “garantismo social” ao lado de outros “garantismos”, tais como o “garantismo penal” (visa tutelar os direitos de liberdade) e até o “garantismo proprietário” (visa tutelar o direito de propriedade e outros direitos patrimoniais), o que inicialmente não era tratado por sua doutrina.

instrução, ao trabalho e similares”, mas o autor italiano não deixa de anotar que tais garantias ainda seriam “muito carentes e imperfeitas” (FERRAJOLI, 2013a).

Poderia objetar-se que o jusfilósofo italiano perfaz uma separação entre garantismo penal e garantismo social, para o qual o primeiro seria voltado apenas a realizar a defesa do acusado. Ainda que assim fosse, parece que a particular crítica não chega a derrubar os argumentos contrários a uma leitura isolacionista ou unilateral da obra de Ferrajoli, já que este não menciona nenhuma exclusividade de atuação ou ainda uma excludente de atuação. Vale esclarecer: ao se ter a atuação do garantismo penal, isto não significa que o garantismo social não possa, ou mesmo deva, se fazer presente.

Ao contrário, Ferrajoli parece querer que o garantismo (seja ele de que vertente for) atue como constritor do poder – quer seja o poder público, quer seja o poder privado –, na tentativa de proteger o lado mais fraco da relação. E esse lado é constantemente cambiante, pelo que se demonstram necessários constantes equilíbrios:

[...] o paradigma do direito penal mínimo assume, como justificação do direito penal, seu papel de lei do mais fraco em alternativa à lei do mais forte que vigoraria na sua ausência: **portanto, não se trata genericamente de defesa social, mas de defesa do mais fraco, que no momento do crime é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e no momento da execução penal é o réu.** (FERRAJOLI, 2013a) (grifou-se).

O autor parece espancar todas as dúvidas sobre essa possibilidade de ampla (e integral) visão do garantismo ao arrematar, mais adiante, que:

a doutrina filosófica do garantismo elabora de fato [...] os modelos normativos do direito penal como “lei do mais fraco”, isto é, como **sistema de garantias que tutelam os direitos de todos: das vítimas dos delitos assim como dos que enfrentam os processos e as penas.** (FERRAJOLI, 2013a) (grifou-se.)

*b) a (teoria da) interpretação, no viés garantista de Ferrajoli, seria metateórica, e isso quer dizer que os princípios elencados pelo garantismo integral, como os princípios da proteção deficiente e da proibição em excesso, não poderiam servir como base para a criação jurídico-normativa pelo Poder Judiciário, porque (i) romperiam com a separação de poderes e (ii) resvalariam na falácia de Hume, ao confundir o dever-ser normativo do direito com o ser efetivo da aplicação do direito (NETO; PINHO, 2017).*

Bastante perspicaz é a crítica acima trazida. Nada obstante, ousa-se dela discordar.

Com efeito, o alicerce da monumental obra de Ferrajoli funda-se na doutrina das garantias, que em última análise é a busca pela efetividade do tecido constitucional. Nas palavras do próprio autor, “as garantias consistem em mecanismos que, porquanto a sua vez normativos, são direcionados a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos” (2014, p. 21).

Embora a teoria foque em um dever-ser idealizado, o qual Ferrajoli (2014) não somente não esconde, porém frisa com todas as letras ser inatingível, a teoria das garantias tem em seu momento de execução (ou de aplicação) o seu clímax. Tanto é assim que um de seus principais focos é o condicionamento da validade das decisões jurisdicionais à verdade, “empírica e logicamente controlável, das suas motivações” (2014, p. 16), na tentativa de evitar-se o decisionismo estatal.

Nesse sentido, teorias acerca da correta aplicação de direitos fundamentais, notadamente nascidas da dimensão objetiva destes, tais como aquelas conectadas ao princípio da proporcionalidade (vedação à insuficiência ou vedação ao excesso estatal), antes de não se relacionar, têm sim toda uma teia de conexões com a teoria ferrajoliana das garantias. Tanto isso é verdade que um dos pilares principais da teoria do jusfilósofo italiano é a vedação do excesso estatal. Ora, não há outro meio de se perquirir se alguma prática ou norma é “excessiva”, ou não, senão mediante um juízo de proporcionalidade.

Mais uma vez, aqui, a exegese se fará fortemente presente. Ferrajoli destaca esse momento ao se deparar com as indagações do “quando” e do “como” proibir (vale dizer, estipular delitos) e punir. Para respondê-las, necessário se fará um “balanceamento” que levará em conta o “problema empírico da eficácia preventiva e aquele axiológico da justificação, entre os danos prevenidos e aqueles provocados pelas penas”, em suas próprias palavras (2014, p. 313). O que parece ocorrer, e talvez explique a crítica levantada, é que não é comum na obra de Ferrajoli a promoção de diálogos com outros autores, notadamente os mais atuais, que laboram com os ferramentais apresentados com a hermenêutica neoconstitucionalista. Esse ponto é, aliás, objeto de destaque da crítica italiana (GIANFORMAGGIO, 1993).

Parece não encontrar eco a alegação de que isso feriria a separação de poderes, visto que, em Ferrajoli, o que se busca é a racionalidade e a controlabilidade das decisões judiciais, mas isso não regride o Poder Judiciário *à la bouche de la loi*. Ao contrário, o jusfilósofo reconhece o órgão jurisdicional, assim como o Ministério Público e a Defensoria Pública,

como verdadeiras “garantias”, as chamadas garantias “secundárias” (2017, p. 51), que estariam aptas a interferir em outro Poder – por exemplo, decretando a invalidade de determinado ato – em caso de contraste com direitos fundamentais.

Com efeito, distinguem-se as garantias “primárias” das “secundárias” (FERRAJOLI, 2017). As garantias primárias são “as proibições de lesão e as obrigações de prestações correspondentes, respectivamente, às expectativas negativas (de lesão) e às expectativas positivas (de prestação) nos quais consistem todos os direitos subjetivos” (2017, p. 51). Já as garantias secundárias seriam “as garantias jurisdicionais que visam anular os atos inválidos e punir os atos ilícitos que prejudiquem as garantias primárias” (2017, p. 51).

A propósito, o que Ferrajoli denomina de princípio garantista da “submissão à jurisdição” (2014, p. 844) nada mais é do que a possibilidade de se acionar o poder público, mediante o Judiciário, para que as lesões aos direitos fundamentais, “liberais ou sociais”, sejam sancionadas e removidas. Para tanto, qualquer espécie desses direitos precisa ser “adjudicável, ou seja, acionável em juízo em relação aos sujeitos responsáveis por sua violação” (2014, p. 844).

Por fim, um alerta importante trazido pelo próprio jusfilósofo. Menciona ele sua preocupação com a mera leitura teórica da doutrina das garantias. Destaca o risco de se cair no que ele denomina de a “falácia garantista” (2014, p. 866), um risco especialmente grande entre os juristas, segundo pontua. Em suas próprias palavras, seria a tal falácia

[...] a ideia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções. (FERRAJOLI, 2014, p. 866).

Ainda com o autor italiano:

[...] a experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada. (FERRAJOLI, 2014, p. 867).

*c) o garantismo positivo não estaria vinculado à ideia de interesse da sociedade de forma abstrata, mas sim à ideia segundo a qual o Estado tem deveres não somente de não lesão,*

*mas de prestação, a fim de cumprir as garantias positivas determinadas pelos direitos individuais sociais (NETO; PINHO, 2017).*

Esse seria o terceiro argumento levantado e que também se constituiria em outro empecilho à leitura integral do garantismo. Em boa medida, o raciocínio parte da consideração de que tão só direitos individuais são tutelados pela doutrina ferrajolina. Melhor explicando: ainda que tais direitos tenham caráter social, vale dizer, sejam usufruídos apenas coletivamente, isso seria apenas reflexo de um direito individual projetado, por assim dizer, na seara coletiva. Como se demonstrará no item seguinte (“d”), não parece ser essa uma limitação trazida por Ferrajoli.

Inicialmente, destaque-se que é pacífico na doutrina mais recente do autor italiano que o Estado, ao lado das vedações ou limitações de atuação (típicas dos direitos a liberdade), possui inúmeros outros “deveres públicos de fazer”, que correspondem a obrigações a que o autor denomina de “sociais” ou “materiais” (2014, p. 794). Isso, aliás, caracterizaria um Estado de direito social, que estaria além do mero Estado de direito liberal. Enquanto o Estado liberal “deve somente não piorar as condições de vida dos cidadãos”, o Estado social “deve ainda melhorá-las”, não apenas trazendo “desvantagens, mas vantagens” àqueles (2014, p. 795).

Ferrajoli não vê óbices a respeito da possibilidade da coexistência dos dois modelos estatais, que se fundam nessas duas espécies de garantias (liberais e sociais). Anota o autor:

obviamente 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 (FERRAJOLI, 2014, p. 795).

A propósito de direitos sociais, o professor italiano tanto admite sua existência em ambos os níveis (individual e coletivo), que chega a exemplificá-los em sua obra. Ao se referir a diferentes “categorias” de direitos fundamentais e às suas respectivas garantias, assinala:

[...] a categoria dos direitos fundamentais é um recipiente no qual tomaram lugar figuras [...] em tudo heterogêneas: do direito à vida ao de liberdade pessoal; dos diversos direitos de liberdade [...]; dos direitos políticos aos direitos civis [...]; **dos direitos sociais individuais – ao trabalho, à subsistência, à saúde, a casa, à instrução e a um adequado salário – até aos direitos sociais coletivos, como os direitos à paz, ao ambiente, à informação e à autodeterminação** (FERRAJOLI, 2014, p. 842) (grifou-se).

De toda forma, ainda que se possa pensar em meros direitos individuais usufruídos de forma social, ou seja, tendo-se em conta apenas o ponto de vista do indivíduo, isso parece não chegar a afetar a leitura integral garantista. Isso não impedirá, por exemplo, fortes momentos de tensões entre direitos contrapostos, ainda que individuais, tais como o direito à vida ou à integridade física (de uma vítima de um homicídio ou de uma lesão corporal, por exemplo) e o direito à liberdade do acusado ou réu. Ou até o direito à liberdade (da vítima de um delito de sequestro, por exemplo) e outro direito de liberdade (do sequestrador que se vê preso em flagrante). Sem o necessário equilíbrio nessa balança, um ou outro poderá ser severamente maculado, restando desguarnecido um direito fundamental; na visão ferrajoliana, uma garantia não se terá feito presente.

*(d) não poderia haver um garantismo penal integral porque, na seara criminal, a teoria dedicar-se-ia exclusivamente ao núcleo liberal dos direitos fundamentais, vale dizer, à proteção tão somente de direitos individuais (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017).*

A respeito dessa argumentação, Afrânio Jardim (2014) anota: “embora seja o mais relevante, Ferrajoli não se preocupa somente com os direitos fundamentais individuais. Ele não se descarta da proteção dos direitos e interesses sociais”, observa. Igual impressão teve, agora na crítica italiana, Guastini (1993), para quem Ferrajoli seria um liberal *sui generis*, uma vez que defensor de um Estado social de direito:

*da un lato, le preferenze di Ferrajoli vanno a quello che egli chiama uno “stato sociale di diritto”, ossia ad un ordinamento che conferisce e garantisce non solo diritti di libertà, ma altresì diritti sociali (cosa estranea alla tradizione politica liberale, insomma al liberalismo classico) (GUASTINI, 1993).*

De fato, são várias as passagens nas quais o próprio Ferrajoli tece considerações a respeito da aplicabilidade de sua teoria (notadamente a dita teoria *geral* do garantismo) a prestações de cunho coletivo. Isso é especialmente claro a partir das críticas posteriores a *Diritto e ragione* e o desenrolar de sua obra, condensada com o lançamento de *Principia Iuris*. Anota o autor:

Se aos direitos da liberdade (ou “direitos de” ou “da”) correspondem garantias negativas consistentes em limites ou impedimentos de fazer, aos direitos sociais (ou “direitos a”) correspondem garantias positivas consistentes em obrigações de prestações individuais ou sociais (FERRAJOLI, 2014, p. 21).

Em seguida, ao distinguir o garantismo do mero legalismo ou formalismo, assevera:

[...] na satisfação dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, **dos direitos individuais aos coletivos** – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles “artifícios” – como os chamou Hobbes – que são o direito e o Estado, e **cujo gozo por todos forma a base substancial da democracia** (FERRAJOLI, 2014, p. 21) (grifou-se).

Em verdade, Ferrajoli justifica a atuação do direito penal como uma técnica de tutela dos direitos fundamentais baseada no que ele chama de “a lei do mais fraco” (2014, p. 311). É interessante notar que ainda que não haja menção, *nessa afirmação*, a direitos sociais, pode-se dizer com certa tranquilidade que eles se manifestam mediante o direito de a vítima se proteger da própria realização do delito. Nesse momento, na leitura ferrajoliana, a vítima é a parte mais fraca da relação (em relação a seu algoz), necessitando a operação das garantias para sua proteção. Assim, para Ferrajoli,

[...] o objetivo do direito penal [...] é a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários (2014, p. 311).

É interessante observar que o retromencionado autor não vê incompatibilidades nessas funções protetivas e preventivas. Em última análise, cuidaria o direito penal de servir como um instrumento de realização ou preservação de direitos fundamentais, voltado “à tutela dos direitos de todos” (2014, p. 312). Para as vítimas ou a sociedade de modo geral, o direito penal se prestaria a um único objetivo de prevenção geral negativa, com a finalidade de garantir o máximo de bem-estar possível, dentro do objetivo de minimização da violência na sociedade.

Por tudo isso é que, ao se debruçar sobre a obra do jusfilósofo italiano, outra não poderia ser a conclusão a que chega MÁRMOL (2005, p. 384), no sentido da inclusão dos direitos sociais sob a batuta da doutrina das garantias:

*el paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de procedime privada), derechos liberales (o de libertad) y **derechos sociales*** (grifou-se).

É bem possível que esse argumento particularmente levantado de proteção exclusiva a direitos individuais tenha suas raízes na obra que introduzia a doutrina das garantias, *Diritto e ragione*. O próprio autor italiano reconheceu, àquele momento, um certo acanhamento da teoria apresentada em face dos 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”, esclarece (FERRAJOLI, 2014, p. 844). 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 – o princípio da legalidade e o princípio da submissão à jurisdição (FERRAJOLI, 2014, p. 844).

Tal posicionamento foi inclusive objeto de críticas a Ferrajoli. Em texto no qual discute as possibilidades de a teoria garantista cumprir com o desejo de efetivação dos direitos sociais, Miguel Carbonell (2004) teceu uma contundente crítica:

*(...) 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, acima referida, parece dever-se ao fato de a obra *Diritto e ragione* pouco ter se atido a como se daria a preservação dos direitos sociais e – aqui se acrescenta – à preservação dos direitos das vítimas. Somente com uma espécie de expansão do modelo garantista, oriunda de uma visão mais global de proteção de direitos, é que se lograria abarcar igualmente a tutela de tais direitos fundamentais. Tal expansão viria nos anos posteriores, com o crescimento da teoria das garantias, mormente sob os influxos do direito constitucional contemporâneo.

### **3.5 A AMPLIAÇÃO DO PARADIGMA GARANTISTA<sup>51</sup> DE FERRAJOLI**

Como se viu, a doutrina do garantismo penal clássico ferrajoliano produzida na década de 80 parecia padecer de uma incompletude: olvidava as atribuições positivas estatais, vale dizer, as exigências que o constitucionalismo moderno passou a requerer do Estado em

<sup>51</sup> Essa expressão, ou mais precisamente – extensão do paradigma garantista –, é utilizada pelo próprio Ferrajoli (2013b), ao apresentar na obra *Principia Iuris* as definições de direitos e deveres.

termos de imperativos de proteção ou de tutela. Tais exigências ligam-se não somente à defesa da coletividade, mas igualmente à defesa de direitos fundamentais individuais caros (como a vida, a liberdade, a dignidade sexual etc.). São os direitos das vítimas e de seus familiares que restam atingidos pela prática de uma infração penal, e que evidentemente não podem ser desconsiderados.

Não se encontrava àquela época, também, menção alguma aos deveres estatais gerados pelos ditos “mandamentos constitucionais de criminalização”<sup>52</sup>, a exemplo dos trazidos no texto constitucional brasileiro, nos incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV do art. 5º, além de outros. A criminalização de tais condutas, tarefa a ser desempenhada inicialmente pelo legislador infraconstitucional, tem inegável caráter de um direito fundamental coletivo (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2017), pois decorrem de valores essenciais – escolhidos pelo legislador primário –, para os quais especialmente se aposta nas possibilidades estatais de promoção e resguardo sociais (BARROS LIMA, 2012).

Era marcante no pensamento original do referido autor a sua visão descrente das possibilidades de boas atividades estatais. Notava-se um forte componente pessimista do poder impregnado em sua teoria, compreendendo o Estado sempre como um mal (FELDENS, 2008b). O autor chegava a afirmar 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 limites e garantias, a degenerar em despotismo” (FERRAJOLI, 2014, p. 816). Feldens (2008b) observou como essa concepção estatal destoava da de Alexy, que, valorizando a figura estatal, já se expressou mencionando até um “direito humano ao Estado”:

*Cuando hay com derecho moral, por tanto, com derecho fundamentable frente a todos, como el derecho a la vida por ejemplo, entonces debe haber también com derecho fundamentable frente a todos a la creación de com 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 com derecho humano al Estado. Com 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 (ALEXY, 2000, com destaque no original).*

---

<sup>52</sup> Sobre os referidos mandamentos, confirmam-se GONÇALVES (2007) e BARROS LIMA (2012).

Essa (má) compreensão da figura estatal parece não se coadunar com o novo posicionamento e as novas tarefas ao 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 poder cumprir com seus encargos de tutela de direitos, notadamente os sociais. As possibilidades de ambos os pleitos serem atendidos não só é possível, como é um ideal a ser buscado.

Nesse particular, a leitura clássica liberal e formalista 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 ser muito mais do que meras obrigações negativas. A formatação da eficácia objetiva dos direitos fundamentais e o surgimento da dita ordem de valores reforçaram com tintas grossas tal constatação.

Sobre essa concepção original da doutrina ferrajoliana, Feldens (2008b, p. 70) observa com precisão:

Convém notar, entretanto, que em sua teoria do garantismo Ferrajoli serve-se de *uma concepção* de direitos fundamentais. Precisamente de uma concepção *unidirecional*, onde os direitos fundamentais são dotados de uma eficácia meramente negativa (funcionando como direitos oponíveis contra o Estado), e tem-na como suficiente para sustentar *sua concepção* de garantismo penal. No particular, a teoria de Ferrajoli não padece de qualquer incoerência interna. Apenas que ela retrata *um modelo* de Direito Penal que se estrutura à base de *uma determinada concepção* de direitos fundamentais que se traduz em *uma determinada versão* de garantismo, a qual não parece corresponder à multifuncionalidade que o constitucionalismo atual empresta aos direitos fundamentais (com destaques em itálico no original).

Os posicionamentos mais recentes de Ferrajoli, todavia, notadamente após a edição de seu *Principia Iuris*, em 2007, parecem mostrar certa preocupação do autor com um necessário equilíbrio de sua doutrina das garantias, além da melhor elaboração dos deveres de tutela estatais e dos direitos sociais. Isso pode ser extraído em diversas passagens colhidas em várias de suas obras e artigos. Citam-se abaixo os pontos mais emblemáticos da evolução de seu pensamento, que agora definitivamente se mostra mais expresso ou aclarado, afastando-se do liberalismo clássico. Exatamente por tais e outras razões é que o próprio jusfilósofo chamou o crescimento da sua doutrina de uma “extensão do paradigma garantista” (FERRAJOLI, 2013b, p. 615):

- i) O garantismo serve para limitar o poder público, mas também o poder privado (FERRAJOLI, 2011; 2013c);
- ii) A constitucionalização dos direitos sociais é declarada como “uma das mais importantes conquistas do constitucionalismo nos noventa”, e a ausência de adequadas garantias que os assegurem torna-os “simples declarações retóricas” ou “vagos programas políticos juridicamente irrelevantes” (FERRAJOLI, 2011, p. 642);
- iii) A enunciação dos direitos sociais infelizmente não se fez acompanhar, na visão do autor, das adequadas garantias sociais positivas, ou seja, de técnicas de defesa e de justiciabilidade comparáveis à tutela do direito à liberdade (FERRAJOLI, 2011);
- iv) As relações jurídicas entre direitos e seus correspondentes deveres não se dão sempre e somente entre relações bilaterais de sujeitos singulares, pois existem direitos e deveres que pertencem à generalidade dos sujeitos (FERRAJOLI, 2013b);
- v) Defesa social e garantismo, significando a tutela dos bens primários (ex.: vida, liberdade, patrimônio, integridade física etc.) e garantia dos direitos dos réus, e depois dos condenados, configuram-se como “os dois fins não somente essenciais, mas entre eles conexos que legitimam o poder punitivo” (FERRAJOLI, 2013c, p. 246);
- vi) O direito penal mínimo quer significar a “lei do mais fraco”<sup>53</sup>, que no momento do cometimento do crime (ou imediatamente antes dele) é a parte ofendida (vítima) (FERRAJOLI, 2013c, p. 246);
- vii) O direito penal é justificado<sup>54</sup> pela serventia na prevenção e minimização dos crimes (mas não pela mera “defesa social”), bem como na prevenção das reações violentas informais aos delitos (FERRAJOLI, 2013a);
- viii) Cria-se a noção de “responsabilidade” como “situação jurídica”, consistente na esperada expectativa de sofrer uma sanção em razão da prática de um ato ilícito, notadamente penal (FERRAJOLI, 2013b, p. 625 *et seq.*);
- ix) O dever de impor uma punição a um culpado passa a ser delineado como uma “garantia secundária”, também chamada garantia “de segundo grau, instrumental,

---

<sup>53</sup> Essa noção de “lei do mais fraco” ganha tamanha importância ao longo da obra de Ferrajoli que ele, mais recentemente, chega a afirmar que “todos os direitos fundamentais podem, de fato, ser considerados como *leis do mais fraco*” (FERRAJOLI, 2013a).

<sup>54</sup> Para Ferrajoli (2013a), a única serventia da corrente abolicionista seria a de trazer o ônus da justificação ao direito penal.

processual ou jurisdicional”, especialmente a cargo dos poderes públicos (FERRAJOLI, 2013b, p. 630 *et seq.*);

- x) As carências de garantias primárias ou de garantias secundárias convertem-se nas ditas “lacunas”, falhas do ordenamento jurídico a serem extirpadas com o fito de garantir a efetivação dos direitos. Tais falhas devem ser colmatadas por ação do legislador, mas também “*a través de interpretaciones o decisiones adecuadas a fin de que no se resuelvan en otros tantos factores de ineffectividad*” (FERRAJOLI, 2013b, p. 636);
- xi) Há deveres estatais de prestações aos cidadãos (ditos “deveres positivos”) que se transformam em direitos subjetivos desses últimos (FERRAJOLI, 2013b, p. 615-616);
- xii) A relação entre direitos e, em especial, entre deveres de abstenção (ditos deveres “negativos”), também é aplicável entre particulares (FERRAJOLI, 2013b, p. 615).

A respeito desses dois últimos itens acima destacados (xi e xii), são notórias as conexões diretas com as temáticas dos deveres de tutela estatal (xi) e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, produtora da eficácia horizontal de sua aplicabilidade (xii). Já sobre o item imediatamente anterior (x), nota-se a discreta abertura do autor rumo a um parcimonioso ativismo judicial, como forma de se minorar a inefetividade de direitos fundamentais.

Como se constata, parece evidente certa abertura do paradigma inicial de Ferrajoli, construído na década de 80. Da posição inicial extremamente liberal, formalista e centrada nos direitos individuais (que tinha especial relevo na seara criminal), partiu-se para uma posição de maior diálogo e abrangência entre *todos* os interesses, especialmente os opostos, notabilizados no complexo tecido constitucional que grassa atualmente nos países democráticos. Como síntese deste, por assim dizer, ajuste de rota produzido ao longo dos anos, é emblemático esse excerto escrito por Ferrajoli em artigo que data de 2013, no qual se apresenta o garantismo com base ainda liberal, é verdade, mas com sensíveis ampliações:

Por “garantismo” entende-se, portanto, um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e dos vínculos a eles impostos como garantia dos direitos sancionados pelas constituições. Neste sentido, o **garantismo é sinônimo de “Estado Constitucional de Direito”, ou seja, de um sistema que repete o paradigma clássico do Estado liberal, ampliando-o para duas direções: de um lado, para todos os poderes, não apenas o judiciário, mas também o**

legislativo e o de governo, e não somente para os poderes públicos, mas também para os privados; do outro lado, para todos os direitos, não somente os de liberdade, mas também os direitos sociais, com as consequentes obrigações, além das proibições, a cargo da esfera pública (FERRAJOLI, 2013a) (grifou-se).

### 3.6 SOBRE A LEITURA DO GARANTISMO, A VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Pôr em segundo plano os deveres de tutela, cuja atuação é requerida pela nova ordem objetiva de valores e pelo princípio da proporcionalidade (notadamente na sua vertente de vedação à insuficiência), não parece ser algo compatível com o atual desenvolvimento das funções dos Estados democráticos contemporâneos. A propósito, nem os poderes públicos podem disso se furtar, nem os cidadãos – acrescenta-se –, a quem a Constituição brasileira incumbiu, ao lado dos direitos, também de uma série de “deveres fundamentais”.

O texto constitucional de 1988 igualmente não deixa dúvidas a respeito de sua vocação social, a qual exige recíprocas atuações estatais e individuais. Isso está claro desde o seu art. 1º, que enumera como fundamentos da República a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana”; passa pelo art. 3º e o estabelecimento dos objetivos constitucionais de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, de “erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de organização”; e fica expressamente consignado na nomenclatura do capítulo que abre o art. 5º, que se refere aos “direitos e *deveres* individuais e coletivos”.

De forma exemplificativa, destaque-se o inc. XLI do art. 5º, que se volta ao legislador derivado em um primeiro momento, mas não deixa de se endereçar também aos indivíduos, ao prescrever que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Vale acrescentar que o referido inc. XLI, por sua posição topográfica<sup>55</sup>, inegavelmente quer significar, entre outras coisas, a criação de disposições penais e processuais penais como uma forma eficaz de proteger direitos fundamentais.

Precisamente essa é a visão que desde sempre argumentou pela leitura integral dos postulados garantistas, e que parece ter encontrado eco nos mais recentes posicionamentos de Ferrajoli. Espera-se o absoluto respeito aos direitos fundamentais individuais, aos coletivos, e

<sup>55</sup> Situado entre os incs. XXXVII e LXVIII do art. 5º, todos esses referentes ao direito penal ou processual penal.

também aos deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O não cumprimento da normatividade constitucional brasileira gera distorções que terminam por produzir um incremento de desigualdade, pois

[...] 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 que, em regra, não são 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 Estado (SARLET, 2005b).

As funções legislativas, executivas e judiciais – que Ferrajoli mais recentemente vê como “garantes secundários” – deverão, assim, guiar-se 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.

Segundo Streck (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 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 não reflete um agir demasiado estatal (via excesso), e tampouco 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; já o *jus puniendi* não mais é visto como derivado de uma potestade estatal, senão 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, já que direitos assim qualificados mostram-se 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 40<sup>56</sup>. 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 hodiernamente de não mero fetichismo por resultados, mas sim concretizadora de importantíssimos direitos fundamentais: a liberdade e a segurança.

Notar que aqui se utiliza do termo “eficiente” e não “eficientismo”. Sobre essa diferença, Santos (2015) anota que no primeiro caso se observa e se respeita os direitos e garantias individuais, em estrita obediência à legalidade constitucional e aos princípios constitucionais penais, enquanto no segundo não.

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” (STRECK, 2005), 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. Defende-se, aqui, a mesma posição de Moro (2014) e de Mendonça (2017), para quem:

[...] O Poder Judiciário também está vinculado a observar uma visão garantista integral. Em relação ao controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário deve extirpar do ordenamento jurídico, por meio do controle difuso ou concentrado,

<sup>56</sup> O texto original do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689), em sua maior parte ainda em vigor, foi publicado em outubro de 1941.

aquelas normas que estabeleçam uma limitação excessiva aos direitos fundamentais – visão negativa – ou que não atendam a um mínimo de proteção efetiva destes – visão positiva (MENDONÇA, 2017, p. 191).

Este trabalho pretende averiguar, no capítulo que segue, quais implicações poderiam advir desse controle, ou pelo menos atuar em termos de sugestivas alterações legislativas, como propostas de *lege ferenda*.

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 a missão maior: efetivar os dizeres constitucionais. Tarefa que, evidentemente, não é diversa na seara penal, nem na processual penal. A descriminalização de condutas ofensivas a direitos fundamentais 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 Streck (2005).

De forma bastante sintética, Sarlet (2005b) 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.

Tendo por norte tais perspectivas de atuação, este trabalho apresenta, no capítulo que segue, a sua parte mais propositiva. Almeja-se dar pequenas contribuições para a melhoria da prestação jurisdicional do processo penal pátrio, sugerindo-se a releitura de proposições que se acham, na visão aqui defendida, em descompasso com as promessas constitucionais da Carta de 1988. Com ênfase no equilíbrio entre direitos individuais e direitos sociais, na proporcionalidade em sua dúplici versão e com base na leitura integral da teoria do garantismo, visitar-se-ão dispositivos ou práticas judiciais que estão a merecer uma nova roupagem.

#### **4 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO SOB AS LUZES DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Viu-se, alhures, que o princípio que proscribe a ocorrência de uma atuação estatal insuficiente é fundamentado quer nos deveres de tutela surgidos com a doutrina da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, quer no próprio princípio da proporcionalidade, quando esse é visto como um contraponto à vedação ao excesso. Observou-se que o direito nacional e estrangeiro já o aplica em diversas searas, notadamente quando se necessita ou se espera determinada atuação estatal. A esperada ação dos poderes públicos pode estar na função legislativa, na executiva ou na jurisdicional.

Na seara criminal, especificamente, demonstrou-se que o pré-falado princípio tem conexões com a realização de uma leitura integral do garantismo, no sentido de uma interpretação mais ampla da doutrina das garantias que busca visualizar sua aplicação de uma forma mais equilibrada, balanceando os direitos do acusado/réu e os direitos das vítimas/sociedade. Não se pode deixar de notar que um dos intuitos dessa leitura integral garantista é, em última análise, melhor socorrer ao combalido direito fundamental à segurança<sup>57</sup>, na medida em que busca trazer eficiência à persecução penal.

Quanto à atuação em si mesma do princípio da proibição da proteção deficiente, observa-se que a doutrina e a jurisprudência nacionais referem-no, com certo ar de pacificidade, como cabível de aplicação no âmbito do direito penal material. Na seara processual penal brasileira, todavia, parece ainda não se ter despertado para as possibilidades de emprego do princípio. Quando muito, registra-se sua conexão com o garantismo em sua versão “positiva”, parte integrante do garantismo integral.

É sobre esse ponto que o presente trabalho pretende lançar algumas luzes. Partindo-se do princípio que proíbe a deficiente proteção estatal, espera-se dar pequenas contribuições propositivas que possam significar a melhoria da legislação ou da prestação jurisdicional, conectadas ao processo penal pátrio, notadamente no sentido de torná-lo mais justo e efetivo. Vale registrar que um processo penal eficiente tem como corolário o amplo respeito aos direitos fundamentais não somente do investigado/acusado/réu. Os direitos e as expectativas da vítima/sociedade devem igualmente ser observados. Nesse sentido, o combate à impunidade é ponto fulcral, como um dos aspectos que mais abalam o direito à segurança,

---

<sup>57</sup> Cujos caracteres foram conferidos no capítulo primeiro.

especialmente tendo-se em conta a forma de criminalidade moderna denominada “criminalidade do poder” (FERRAJOLI, 2013a).

Por criminalidade do poder quer se referir aos delitos que possuem como finalidade última um ganho patrimonial, realizados por um público que até então era intocável na seara criminal: políticos, altos empresários ou profissionais liberais e agentes públicos que ocupam posições de destaque. Nada obstante o fito pecuniário, as mazelas produzidas nessa teia da corrupção terminam por produzir resultados indiretos bastante danosos, tais como as precárias condições dos sistemas nacionais e locais de saúde, educação, segurança, urbanismo, entre outros.

A ideia, assim, é realizar uma filtragem constitucional em parcela da legislação ordinária e da práxis jurisdicional voltada ao processo penal, utilizando como prisma a proibição da proteção deficiente. Vale dizer, pretende-se averiguar possíveis imbricações que a aplicação do citado princípio pode gerar quando se atém sua aplicação ao processo penal brasileiro. Destacar-se-á o que, na visão aqui defendida, está em descompasso com as promessas constitucionais da Carta de 1988, notadamente relativas à segurança, à eficiência, à celeridade processual e à justiça.

Vale, de logo, uma importante advertência: não se cuida aqui de defender uma ou outra linha de pensamento (às vezes equivocadamente nomeada de correntes “*garantista*” e “*punitivista*”, por exemplo). Trata-se, sim, de apresentar novas leituras de institutos e práticas judiciais que significam uma melhor concretização (por inteiro) dos direitos fundamentais presentes na Carta de 1988. Busca-se o aperfeiçoamento do processo penal pátrio, tornando-o mais equilibrado, célere, desburocratizado e justo.

Com esse intuito, pretende-se tecer um novo olhar aos pontos abaixo listados, nos quais se visualizaram possíveis influências do princípio da proibição da proteção deficiente. Cabe aqui uma observação no sentido de que as situações mencionadas não esgotam as imbricações do referido princípio na seara processual penal, nada obstante os casos possam servir como bons balizadores de suas possibilidades de aplicação. São eles:

- 1) as paralisações da marcha processual no interesse exclusivo da defesa, sem o correspondente “desconto” do prazo prescricional. Isso englobaria:
  - a) a paralisação ditada pelo art. 152, CPP;
  - b) as paralisações ocasionadas pela ausência da defesa quando lhe era necessária a

participação;

c) as paralisações “provocadas” pela defesa e julgadas absolutamente improcedentes.

2) a prática de “dois momentos citatórios” que ocorre nos procedimentos dos crimes de funcionário público;

3) o entendimento de que, em regra, não se pode realizar nenhum ato de instrução processual penal em casos nos quais o acusado/réu desapareceu do distrito da culpa (art. 366, CPP);

4) o não estabelecimento de fiança para as infrações ditas “inafiançáveis”, gerando a paradoxal situação de benefício a crimes mais graves;

5) a impossibilidade absoluta, no direito nacional, da revisão criminal *pro societate*.

Como se nota, são diferentes momentos do ordenamento processual penal ou da prática judicial a serem tocados pelo princípio que proíbe uma proteção deficiente. Em todos, nota-se certo desequilíbrio dessa proteção, faltando-lhes uma visão “integral” dos direitos e deveres assegurados na Carta constitucional brasileira, notadamente por irem de encontro aos princípios da igualdade, da celeridade e da eficiência na prestação jurisdicional.

Adiante se verá que as proposições (de alteração) aqui formuladas passam por vezes por uma mudança legislativa infraconstitucional – são os casos de *lege ferenda* –, mas em outros pontos requerem somente a alteração do posicionamento judicial atualmente adotado. Em cada um dos tópicos adiante, nos quais se pormenorizará cada uma das situações, far-se-á a devida indicação do que, na visão proposta, se mostraria necessário.

#### **4.1 AS PARALISAÇÕES DA MARCHA PROCESSUAL NO INTERESSE EXCLUSIVO DA DEFESA**

Inicia-se este processo de releitura com a temática que envolve a paralisação da marcha processual ocasionada no interesse exclusivo da defesa e seus reflexos na seara da prescricional penal. Tal tema abarca alguns institutos e algumas práticas judiciais que se dão em momentos diversos e que aparentemente não possuem ligações entre si, mas que têm em

essência o feito de impedir o caminhar do procedimento penal em curso, sem que isso traga consigo a suspensão da contagem do prazo de prescrição. São eles:

- i) a previsão trazida pelo art. 152 do CPP, que dispõe que o processo ficará suspenso, aguardando que o réu acometido de doença mental que sobreveio à infração se restabeleça;
- ii) a paralisação do feito para atender a interesses exclusivos da defesa, quando, por exemplo, o réu é novamente intimado para constituir novo advogado em face da renúncia do anterior;
- iii) o julgamento – totalmente improcedente – de recursos defensivos ou de pleitos da defesa que paralisaram o feito.

Propõem-se novos destinos aos citados encaminhamentos normativos/judiciais atualmente predominantes. A nota mais significativa é que, em todos os casos, há uma paralisação processual por razões de interesse exclusivo do réu, porém sem que isso signifique a suspensão da contagem do prazo prescricional. Acrescente-se que nenhuma das citadas paralisações tem um “limite máximo” de tempo para tanto. Da forma como atualmente se observa, o processo poderá ficar paralisado pelo período que necessitar. Sob as luzes dos princípios da proporcionalidade (no viés da proibição da proteção deficiente), defende-se que o entendimento atual desprestigia a força normativa do direito fundamental à segurança, além de o direito da vítima à prestação jurisdicional num razoável lapso temporal.

#### 4.1.1 Explicitando o tema

Processo é palavra que deriva do latim *procedere* (*pro* = adiante; *cedere* = ir), significando a ação de avançar, de ir para frente, em um conjunto sequencial de ações com um objetivo final (HOUAISS, 2009). Por vezes, todavia, o processo penal não pode trilhar essa sua marcha natural, não pode avançar. Essa forçada paralisação dá-se geralmente ou por uma questão externa ao processo (casos do art. 116 do Código Penal<sup>58</sup>), ou para preservar

---

<sup>58</sup> Transcreve-se abaixo a redação integral do citado artigo. Note-se que embora o artigo se refira apenas à paralisação da prescrição, o processo também restará paralisado.

*Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:  
I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência*

interesses do acusado. É sobre essa segunda espécie de paralisação processual que este trabalho se debruça.

É cediço que os atuais contornos constitucionais ressaltaram, com razão, a necessidade da observação irrestrita dos princípios do contraditório e da ampla defesa aos acusados de um modo geral (cf. Constituição da República, art. 5º, inc. LV). Tais direitos fundamentais irradiam-se pela legislação infraconstitucional, bem como devem tocar a todos os processos hermenêuticos dos operadores do direito processual penal. Em alguns momentos, a necessidade de preservação dos direitos afetos ao contraditório e à ampla defesa requer a paralisação da marcha processual, como forma de garantir – de forma absoluta – suas observâncias. A legislação processual penal brasileira atual, todavia, nem sempre conecta tais sobrestamentos a uma idêntica paralisação da contagem do prazo prescricional. Têm-se como exemplos de atos desse jaez:

#### **a) a previsão do art. 152 do CPP**

A partir de seu art. 149, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro dispõe sobre o exame para aferir, em suas palavras, a “insanidade mental do acusado”. Pode-se lançar mão de tal exame em qualquer fase da persecução penal e até posteriormente a ela, vale dizer, o exame serve para avaliar as condições mentais do *investigado*, do *denunciado*, do *réu* e até mesmo do já *condenado*, em fase de execução da pena. O objetivo é o de se perquirir acerca das normais (ou não) faculdades mentais do examinando, quer ao tempo do crime, quer ao tempo do processo ou da execução penal.

Como é cediço, o exame que visa aferir a capacidade mental *ao tempo do crime* pode indicar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, afastando ou minimizando sua culpabilidade (art. 26, *caput* e parágrafo único, Código Penal). Nesses casos, não importará muito a conclusão do laudo pericial para fins de *prosseguimento* do processo penal, uma vez que qualquer que seja o resultado apontado pelos peritos – inimputabilidade, semi-imputabilidade ou regular imputabilidade –, o processo prosseguirá, com a única diferença da presença de um curador para o réu nos dois primeiros casos<sup>59</sup>.

---

*do crime;*

*II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.*

*Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.*

<sup>59</sup> É o que dispõe o art. 151, CPP: “se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração,

Para os fins do trâmite processual, todavia, a solução proposta pelo CPP é radicalmente diferente se se apurar que as faculdades mentais do réu restaram afetadas *em momento posterior ao crime*. Vale dizer, ao tempo da ação delitiva, o agente era mentalmente sã; posteriormente, por qualquer motivo, uma “doença mental (do réu) sobreveio à infração”, na dicção do art. 152, CPP. Nesses casos, o legislador de 1941 previu a “paralisação do processo até que o acusado se restabeleça”.

Está assim disposto, em sua integralidade, o citado art. 152:

**Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça**, observado o §2º do art. 149.

§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença (grifou-se).

Não se vai aqui debater a também polêmica previsão do § 1º do art. 152 (internação provisória do acusado), que a maioria da doutrina pátria considera inconstitucional por violação da presunção de inocência<sup>60</sup>. Focar-se-á apenas na questão relativa à constitucionalidade (material) da regra prevista no *caput* do art. 152, CPP, especificamente ao não prever a paralisação concomitante do prazo prescricional<sup>61</sup>.

A ideia por trás da paralisação processual é louvável. Resguardar a amplitude de defesa de um indivíduo que, por algum motivo, teve a sua capacidade mental prejudicada ao tempo em que virou (ou já era) réu em um processo penal. O problema, do ponto de vista da regular persecução penal, é que concomitantemente à paralisação processual *não se previu* a idêntica paralisação do curso do prazo prescricional. Vale destacar essa aparente incongruência: o processo ficará paralisado (por prazo indefinido, até o restabelecimento do réu), mas o prazo da prescrição da pretensão punitiva permanece a correr. Gize-se que não há, no ponto, qualquer inércia, omissão, atraso ou falha estatal. Ainda assim, o prazo prescricional que baliza e limita a persecução penal continua o seu curso, muito embora essa última esteja obstada. A interpretação mais tradicional que se dá ao dispositivo tem sido exatamente essa

---

irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal (atual art. 26), o processo prosseguirá, com a presença do curador”.

<sup>60</sup> Nesse sentido, confira-se, por todos, Greco Filho (1995, p. 171 *et seq.*).

<sup>61</sup> Tal como fez, por exemplo, o art. 366 do CPP, com a redação da Lei 9.271/96.

(nesse sentido: BONFIM, 2009; TOURINHO FILHO, 2008a; CHOUKR, 2014; LIMA, Renato B., 2015).

Não se quer discutir aqui a situação de fragilidade pela qual passa o acusado no momento em que sofre de um revés mental, e, como se não bastasse, nesse mesmo instante está a responder por um processo-crime. Evidentemente, considera-se que há, de fato, uma efetiva doença mental a acometer o réu. Todavia, não se deve perder de vista que o passar do tempo, na forma como hoje tradicionalmente se interpreta, culmina em extinção da punibilidade, via prescrição. Esse benefício pode estimular a que estados mentais alterados possam ser mesmo *criados* ou *forjados* como forma de se furtar à persecução penal.

#### **b) a paralisação do feito para atender a intervenções exclusivas da defesa**

Afora o peculiar caso abordado pelo art. 152, CPP, há diversos outros momentos do processo penal nos quais se exige uma intervenção da defesa, como forma de se preservar os fundamentais direitos ao contraditório e à ampla defesa. São momentos do processo penal que se ligam ao núcleo do exercício do direito de defesa do réu e não podem ser deixados de lado, vale dizer, deve necessariamente existir num processo penal de garantias. Como exemplo desses atos, podem ser citados:

1. a apresentação da resposta escrita à acusação;
2. a apresentação das alegações finais;
3. a realização de defesa em plenário do Júri;
4. a apresentação de razões ou contrarrazões recursais, em caso de interposição por qualquer das partes de um recurso.

Sempre, então, que não houver a realização – por parte da defesa técnica<sup>62</sup> – de um dos mencionados atos processuais, o processo necessariamente terá sua marcha paralisada até que ele venha, de fato, a compor os autos. Todas essas hipóteses de paralisação da marcha processual, que impedem a continuidade da realização da dita pretensão punitiva estatal, recebem o nome doutrinário de “crise de instância” (LIMA, Renato B., 2015, p. 1.175).

Tais paralisações processuais visam assegurar (com justeza, diga-se) o contraditório e

---

<sup>62</sup> E aqui não importa se a defesa técnica estava sendo realizada por defensor dativo, defensor público ou mesmo advogado constituído.

a ampla defesa. Após a ocorrência delas, adota-se de regra o seguinte procedimento: o juiz ou o Tribunal processante deve sobrestar o feito e (i) ou intimar novamente o defensor já oficiante nos autos para instá-lo a realizar o ato faltante; ou (ii) intimar o acusado para que constitua *novo defensor* de seu interesse, visando preservar o que se conhece como “direito de escolha do defensor” (LIMA, Renato B., 2015, p. 54). Quanto a essa última providência, após o prazo assinalado ao réu para que constitua novo causídico, e caso ele assim não o tenha feito, a autoridade presidente do feito designará um, quer chamando a Defensoria Pública, quer nomeando defensor dativo para a causa. Para um dos casos há até entendimento sumulado a respeito, aplicável por analogia às demais situações. Trata-se do verbete nº 708, do STF: “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”.

Ocorre que, por vezes, todo esse proceder não se dá de forma célere; e o mais grave, algumas vezes esse proceder pode ser utilizado como manobra, verdadeiro estratagema, para procrastinar a instrução processual. De fato, a prática demonstra que não raras vezes ou o réu deliberadamente dificulta a realização dessa intimação que almeja instá-lo a nomear novo causídico<sup>63</sup>, ou quando intimado queda-se inerte. Nesse segundo caso há, como se disse, a designação pelo juízo de defensor público ou dativo ao acusado, que possui novo prazo para apresentar a peça processual faltante; todavia, nesse novo interregno, ou até após ele, aparece nos autos novo defensor *constituído* pelo acusado.

Outro excesso notado, às vezes também ocorrente, dá-se na utilização demasiada dessa prerrogativa de escolha do defensor, verdadeiro abuso de direito. Há casos em que no decorrer de um único processo há renúncia de vários defensores, feitas sucessivamente ao longo da marcha processual, gerando assim seguidas “crises de instância”.

A manobra citada tem uma “gratificação” em vista, e ela se chama extinção da punibilidade via prescrição (art. 107, inc. IV, Código Penal). É de bom alvitre ressaltar que por vezes não se trata de uma manobra, no sentido malicioso mesmo do termo, mas sim de circunstância que de fato ocorreu. Vale ser mais claro: há várias “crises de instância” sem nenhuma má-fé por parte do réu. Nada obstante, a alteração da intenção não altera o resultado.

---

<sup>63</sup> Isso ocorre, em geral, com dois tipos de acusados de duas classes sociais bem antagônicas: ou com aqueles que vivem e viveram sempre à margem das normais estatais, não tendo por isso mesmo um endereço fixo; ou com aqueles que, ao revés, detêm alto poderio político e/ou econômico, a dita criminalidade do “colarinho branco”, que costumeiramente possuem vários endereços, mas em nenhum deles são encontrados – ou é dito que não se encontram. Em ambos os casos há extrema dificuldade de realização de atos de chamamento ao processo.

A marcha processual será igualmente paralisada e, caso ocorrente, a prescrição será decretada.

**c) o julgamento – totalmente improcedente – de recursos defensivos ou de pleitos da defesa que paralisaram o feito**

O último dos pontos que igualmente se liga à paralisação da marcha processual (por interesse da defesa) e à ausência de suspensão do prazo prescricional tem conexões com infundados pleitos defensivos. Defende-se que sempre que o julgamento de um recurso, uma exceção, ou um pleito de modo geral que paralisou o feito restar julgado *totalmente* improcedente, deve todo o prazo de paralisação ser “descontado” do cômputo prescricional.

Alguns exemplos melhor esclarecerão a questão. Imaginem-se as seguintes hipóteses: (i) a parte ré levanta a suspeição do magistrado do caso, restando a marcha processual paralisada por seis meses em razão disso; ao final, o Tribunal julga-a absolutamente improcedente; ou (ii) a parte ré, após o julgamento improcedente de um recurso, apresenta embargos de declaração que demoram três meses para serem definitivamente julgados e, quando o são, o julgador considera-os totalmente improcedentes.

Na visão aqui proposta, ambos os prazos de paralisação referidos (seis e três meses) deveriam significar, igualmente, a paralisação do cômputo prescricional. Isso pode ser estendido a todas as arguições (em sentido lato) defensivas que porventura ocasionem a paralisação da marcha processual, desde que, ao final, se mostrem totalmente incabíveis.

Perceba-se a lógica: a paralisação se deu em nome e interesse (exclusivo) da defesa. Ao final, todavia, mostrou-se ela infundada, pois que decorreu um julgamento *absolutamente* improcedente. Não parece justo que a prescrição penal continue a correr, dando margem inclusive a comportamentos desleais que almejam, deliberadamente, atingir a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo.

#### **4.1.2 A crítica e a solução proposta**

Defende-se aqui o argumento de que as referidas formas de interpretação das questões acima mencionadas não garantem, com satisfação mínima, o direito fundamental à segurança e o direito fundamental da vítima à prestação jurisdicional. A manter-se como está, observa-se uma proteção estatal deficiente. Isso destoaria da máxima da proporcionalidade

(pela omissão estatal desmedida) e tão só preservaria um dos enfoques do garantismo penal, aquele que se liga apenas aos direitos do acusado.

Prescrição não deixa de ser uma sanção; sanção, nesse âmbito penal, por uma inércia estatal. Dotti (2013, p. 828), citando o civilista Clóvis Beviláqua, lembra que a prescrição é a “perda de ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”. Bitencourt (2007, p. 715), por sua vez, destaca – em formulação clássica – que a prescrição é a “perda do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo fixado”.

Em nenhum dos casos citados a paralisação do feito se dá, de nenhuma forma, por uma inércia, omissão ou atraso estatal imputáveis à acusação. Ao contrário, em respeito a direitos individuais do réu – notadamente a ampla defesa e o contraditório –, o processo restou paralisado. O Estado age como *garantidor* de direitos fundamentais, como deve ser mesmo –, mas nesse ponto de vista apenas da parte ré. E esse parece ser exatamente o problema, a *unilateralidade* da garantia.

No intuito de contribuir para uma maior efetividade da persecução penal, propõe-se revisitar a forma como se lida com as ditas “crises de instância” ocasionadas por questões ligadas ao exercício do direito de defesa. Defende-se aqui o ponto de vista de que a paralisação apenas do processo – sem a suspensão do prazo prescricional – termina por resguardar tão somente os interesses ligados à ampla defesa do acusado, desprestigiando completamente o direito da sociedade, da vítima e dos familiares desta em ver efetivada a persecução penal. Uma solução que determinasse a paralisação de ambos os elementos (processo e prescrição)<sup>64</sup> não só seria normativamente recomendável, como em verdade está sendo exigida em prol da efetividade constitucional.

Nas hipóteses apresentadas na problemática parece haver – em aparente colisão – as seguintes normas:

1) uma regra que prevê a continuidade da contagem do prazo prescricional, muito embora o processo esteja paralisado<sup>65</sup>. Vale lembrar que a paralisação processual tem por fundamentos principais os princípios (direitos fundamentais) do contraditório e da ampla

---

<sup>64</sup> Tal como dispõe o atual art. 366 do CPP, com a redação da Lei 9.271/96.

<sup>65</sup> A rigor não há, no ordenamento jurídico, uma norma *nesse* sentido, ou seja, que expressamente preveja a continuidade do prazo prescricional nessas hipóteses. Esse entendimento é extraído da interpretação, *a contrario sensu*, do art. 116 do Código Penal, que prevê apenas dois casos diversos de suspensão do prazo prescricional.

defesa;

2) direitos fundamentais à segurança e à justiça, que garantam proteções contra a impunidade e a violência, e para os quais um processo penal célere e eficaz pode contribuir.

O legislador pátrio, sempre que mais recentemente tratou de uma paralisação processual para fins de proteger interesses da defesa, passou a prever a suspensão também da prescrição. Nota-se claramente isso quer no art. 366 do Código de Processo Penal (com a redação da Lei 9.271/96), quer no art. 89, § 6º, da Lei 9.099/95, que trata da chamada suspensão condicional do processo. Eis os dois dispositivos mencionados, com destaques:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, **ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional**, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

-----

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, **o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo**, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

(...)

**§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.**

Nunca se deve esquecer que o Código de Processo Penal pátrio possui sua redação original pensada no final da década de 1930/início da década de 1940. Os percalços com paralisações processuais não eram tantos e tão duradouros àquela época. Fato também é que não se dava ao direito à defesa a amplitude que hoje se dá, sendo possível a continuação do processo à revelia do acusado. Ademais, não estava consolidado o “direito de escolha do defensor”, que impõe (acertadamente) a intimação do réu para a constituição de novo causídico de sua confiança.

Pode-se levantar o argumento de que a paralisação do prazo prescricional acarreta certo “prejuízo” ao réu, já que impediria a ocorrência da extinção de sua punibilidade por prescrição. Embora isso seja inegável, daí haveria margem a se falar em um direito à prescrição? A resposta a essa indagação só pode ser negativa, especialmente quando se tem em conta que a prescrição ocorrida não pode ser imputada, de forma nenhuma, a uma falha estatal do órgão acusatório. Talvez se possa lembrar o direito à razoável duração do

processo<sup>66</sup>, mas se foi a situação peculiar do próprio réu que deu causa à paralisação processual, como ele poderia se valer desse mesmo direito contra o Estado? Um princípio geral clássico do Direito assevera, de há muito, que ninguém deve se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). E ainda que não haja torpeza, a paralisação processual para fins de atender a uma garantia ou a pleitos do acusado não poderia, por razões igualmente de justiça, conspurcar direitos da contraparte.

Uma alteração legislativa que viesse a pôr os “pingos no is” seria muitíssimo bem-vinda, ou seja, se o legislador viesse a positivizar, expressamente, essas hipóteses como uma daquelas que ocasionam a suspensão do prazo prescricional<sup>67</sup>, dúvidas não restariam a respeito dessa aplicabilidade. Essa seria, por motivos de previsibilidade e segurança jurídica, de fato a melhor opção.

Aqui não se vai adotar a tese da possibilidade de decretação judicial da suspensão do prazo prescricional para os referidos casos, utilizando-se, por exemplo, de analogia quanto ao art. 366 do Código de Processo Penal (CPP), na redação da Lei 9.271/96. Isso parece estar vedado em razão dos estritos limites do princípio da legalidade em matéria penal, pelo qual – para a maioria da doutrina – estaria proscrita a utilização da analogia *in malam partem* na seara criminal material (HUNGRIA; FRAGOSO, 1976).

É bem verdade que autores como Oliveira e Fischer (2015), embora fazendo referência apenas ao caso da aplicação do art. 152, CPP, chegam a entender que a melhor forma de equalizar a problemática seria a decretação *judicial* da suspensão da prescrição, ainda que sem base legal expressa para tanto. Segundo defendem, o STF já admitiu a decretação da suspensão do prazo da prescrição – sem legislação expressa que a autorizasse – quando trilhou o entendimento de que o exaurimento da instância administrativa constituiria condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária.

Em casos que tais, segundo decidido pelo Supremo, o Estado estaria impedido de realizar a persecução penal enquanto a questão estivesse sendo debatida no âmbito administrativo; conseqüentemente, o prazo prescricional não fluiria, porquanto somente o lançamento definitivo do tributo formaria a dita condição objetiva de punibilidade. Para os autores, a hipótese comparativa seria válida pelas semelhanças, notadamente “no que toca ao obstáculo legal imposto aos órgãos de persecução penal” para o desempenho de suas funções (OLIVEIRA; FISCHER, 2015, p. 328). A referida decisão do Supremo, consolidada no

---

<sup>66</sup> Expresso na Constituição da República, art. 5º, inc. LXXVIII (redação da EC 45/2004).

<sup>67</sup> Talvez inserindo mais um ou alguns incisos no art. 116 do Código Penal.

juízo do *Habeas Corpus* nº 81.611/DF, está abaixo transcrita para conferência:

**CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90, ART. 1º): LANÇAMENTO DO TRIBUTO PENDENTE DE DECISÃO DEFINITIVA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL, SUSPENSO, PORÉM, O CURSO DA PRESCRIÇÃO ENQUANTO OBSTADA A SUA PROPOSITURA PELA FALTA DO LANÇAMENTO DEFINITIVO.**

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei nº 8.137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei nº 9.249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

**3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.**

(Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 10/12/2003, Tribunal Pleno) (grifou-se).

Vale registrar também que, mais recentemente, em interessantíssimo julgado, o Supremo terminou por ampliar os casos de suspensão da prescrição, ainda que o texto legal não fosse expresso nesse sentido. Isso se deu no julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário (RE) nº 966.177 RG/RS<sup>68</sup>, quando o Plenário da Corte, por maioria<sup>69</sup>, entendeu que seria possível suspender o curso da prescrição penal para casos nacionalmente sobrestados em decorrência do reconhecimento de repercussão geral. Tal julgamento deu-se em 7 de junho de 2017.

Os ministros do Supremo entenderam ser cabível na seara penal a aplicação do parágrafo 5º do artigo 1.035 do novo Código de Processo Civil, segundo o qual, uma vez reconhecida a repercussão geral no STF, o relator poderá determinar a suspensão de todos os processos que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. A decisão quanto à

<sup>68</sup> O RE 966.177 foi interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra decisão do Tribunal de Justiça local que considerou atípica a exploração de jogos de azar, prevista na Lei das Contravenções Penais (Lei 3.688/1941). O tema foi considerado de repercussão geral pelo STF em novembro de 2016. A questão de ordem suscitada pelo Ministério Público Federal e levada a julgamento pelo relator, ministro Luiz Fux, teve como objeto a suspensão do prazo de prescrição enquanto o tema não é apreciado em definitivo pelo STF.

<sup>69</sup> Vencidos os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio.

suspensão nacional não é obrigatória, tratando-se de uma discricionariedade de cada ministro-relator, segundo também decidido.

Sobre a não existência na seara penal de regra expressa dispondo sobre a paralisação da contagem do prazo prescricional em casos que tais, entendeu o Tribunal por realizar uma “interpretação conforme à Constituição”, para aplicar, por analogia, a regra prevista no inciso I do art. 116 do Código Penal, que dispõe que a prescrição não correrá “enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime”<sup>70</sup>.

A decisão ficou assim ementada:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, ora reajustado, resolveu questão de ordem no sentido de que:

- a) a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la;
- b) de qualquer modo, consoante o sobredito juízo discricionário do relator, a possibilidade de sobrestamento se aplica aos processos de natureza penal;
- c) neste contexto, em sendo determinado o sobrestamento de processos de natureza penal, opera-se, automaticamente, a suspensão da prescrição da pretensão punitiva relativa aos crimes que forem objeto das ações penais sobrestadas, a partir de interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP; [...] (grifou-se).**

O que se observa dos dois casos acima referidos é que, quando houve razão para tanto, o Judiciário determinou a suspensão do prazo prescricional por intermédio da via interpretativa. A *ratio decidendi* dos casos descritos utiliza-se (muito embora sem mencionar expressamente) da proporcionalidade e da razoabilidade da medida. Proporcionalidade no aspecto da proibição de uma proteção estatal insuficiente, e razoabilidade na dimensão da equidade, pois as peculiaridades dos casos fizeram com que a regra geral da contagem prescricional fosse afastada. *Mutatis mutandis*, os casos muito se assemelham às “crises de instância” neste trabalho referenciadas.

A crítica mais forte contra essa possibilidade de aplicação via interpretação judicial é, como se afirmou, aquela que proscreve qualquer uso da analogia contra o réu (dita analogia *in malam partem*) em sede de Direito Penal. Como a prescrição é, no Brasil, tida como um

<sup>70</sup> Houve, porém, algumas importantes ressalvas. De acordo com os ministros, a suspensão somente se aplicaria às tramitações de ações penais, não alcançando assim inquéritos e procedimentos investigatórios em curso no âmbito do Ministério Público. Ademais, ficaram excluídos de paralisação igualmente os casos em que haja réu preso. O Plenário ressaltou ainda a possibilidade de o juiz, na instância de origem, determinar a produção de provas consideradas urgentes nos casos sobrestados.

instituto de direito material (e não processual), a visão tradicional – embora não chegue a cuidar *exatamente* dessas questões – é a de que a aplicação da analogia seria proibida em tudo o que for contrário à parte ré (ANTUNES, 1953; GARCIA, 2008). Como dito anteriormente, a solução de *lege ferenda* é inegavelmente a melhor, quer pelo absoluto respeito ao princípio da legalidade, quer pelo aspecto da segurança e da previsibilidade jurídicas.

#### **4.2 A PRÁTICA DE DOIS MOMENTOS DESTINADOS À “CITAÇÃO” DO ACUSADO FUNCIONÁRIO PÚBLICO**

Neste item se tratará de uma prática adotada pela legislação processual penal brasileira e verificada no art. 514 do Código de Processo Penal e no art. 4º da Lei 8.038/90, diploma legal que institui normas procedimentais no âmbito do STJ e do STF e que, de um modo geral, rege as ações penais originárias no âmbito de todos os Tribunais pátrios. Falar-se-á do que se conhece como as “defesas preliminares” dos funcionários públicos.

A rigor, os casos aqui referidos não constituem uma “citação” propriamente dita. Ambos são casos que antecedem ao ato citatório, tendo a legislação os tachado de “notificação do acusado”. A finalidade é a de garantir um momento extra de defesa aos acusados servidores públicos (em sentido amplo) ou agentes políticos, de forma a proteger o cargo ocupado pelo agente público. Notifica-se, inicialmente, o acusado para que ele venha aos autos e já antecipe sua defesa (ou, pelo menos, parte dela), de forma a evitar o recebimento da denúncia pelo juiz ou Tribunal. Tal notificação realiza-se tal qual um ato de citação (sendo esse o “primeiro” ato de “citação” a que aqui se refere), ou seja, via mandado mediante oficial de justiça.

Cumprida a notificação, tem o acusado 15 dias para oferecer resposta. A ideia é dar oportunidade ao então denunciado de persuadir o juiz ou o Tribunal a rejeitar a ação, de forma a não responder a nenhuma ação penal. A persecução penal ficaria obstada, assim, já em seu nascedouro.

Apesar da notificação para a apresentação de defesa, se o juiz ou o Tribunal entender pelo recebimento da inicial acusatória (não adotando, assim, as razões de rejeição provavelmente trazidas pela defesa preliminar), as legislações citadas dispõem que deverá ser realizada a “citação” (propriamente dita) do acusado – é o que dispõem o art. 517, CPP, e o art. 7º da Lei 8.038/90. Nesse ponto surge a primeira problemática: de forma essencialmente

burocrática e no mais das vezes morosa, determina-se nova expedição de mandado para cumprimento via oficial de justiça com a finalidade de dar ciência ao acusado de que sua defesa antecipada foi rejeitada e que a partir de então passará a responder a uma ação penal.

Vale registrar que nesse momento, já ciente de que podem estar prestes a responder (definitivamente) a uma ação penal, não raras vezes os futuros réus (notadamente os de classe econômica ou política mais elevada) lançam mão de seus múltiplos endereços localizados Brasil afora para dificultar o cumprimento do mandado de citação. Com efeito, não é incomum notar a dificuldade dos oficiais de justiça em tal proceder, pois o “fator surpresa” agora não mais ocorre.

À parte isso, detecta-se outro problema que está a merecer revisão: é que desde o surgimento da Lei 11.719, de 20.6.2008, houve sensível alteração nos ritos procedimentais penais de um modo geral. Criou-se a figura, há tempos requerida no processo penal, da absolvição sumária, notadamente com a nova redação do art. 397 do CPP. Também aquele novo diploma legal trouxe alterações para o art. 394, já que o § 4º desse dispositivo determina que “as disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”.

Trazendo luzes para o caso aqui versado: a se aplicar, na inteireza, as disposições referidas, ter-se-ão dois momentos, praticamente com a mesma finalidade, voltados à produção da defesa do acusado/réu: o primeiro, antes do recebimento da denúncia; o segundo, logo após o recebimento. A prática demonstra que, via de regra, as defesas apenas repetem os mesmos argumentos anteriormente vazados, até porque nada houve na marcha processual que alterasse o quadro fático-jurídico.

Já há na doutrina posicionamento de que a Lei 11.719/08 teria, em verdade, revogado – implicitamente – as previsões relativas à defesa preliminar. Oliveira e Fischer (2015, p. 1.018) assim se manifestam, por exemplo:

[...] não há qualquer razão lógica ou jurídica (salvo a leitura isolada do procedimento previsto no art. 514, CPP, e uma concepção absolutamente formalista) para justificar o procedimento acima proposto. A mais não poder, como já anunciado, a novel sistemática ampliou sobremaneira a possibilidade de o réu exercer sua defesa no processo, possibilitando-se inclusive a absolvição sumária. A defesa prévia aqui prevista não tem mais qualquer utilidade. Aliás, na prática (e processo é *também a realidade* das coisas), na grande maioria dos casos, já não tinha qualquer efeito prático.

A solução aqui proposta, todavia, é diversa daquela apontada pelos citados autores.

#### 4.2.1 A construção que ora se propõe

Em resumo, apontaram-se duas problemáticas que, na ótica deste trabalho, necessitariam de uma releitura por desafiar a proibição da proteção deficiente: (i) a efetivação, na prática, de “dois momentos citatórios”; e (ii) a concessão de dois momentos defensivos, quase que idênticos, ao acusado.

Diz-se que esses pontos apresentam uma atuação estatal ineficiente por carregarem as notas da morosidade, do excessivo formalismo e da burocracia sem sentido. Em contrapartida, as alterações doravante sugeridas em nada interfeririam nos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa.

No que concerne aos dois atos de ciência e comunicação processual (notificação e citação), o “preciosismo” exagerado da legislação em distinguir os atos não traz outra coisa senão atrasos à marcha processual. A ideia é trazer simplificação ao processo, bastando que se tenha apenas um ato voltado à citação (que seria o primeiro), e o seguinte seria simplesmente transformado em uma intimação tradicional, feita por diário oficial na pessoa do causídico.

Quanto à realização de dois momentos dedicados, quase em um mesmo momento, à defesa inicial do acusado, concorda-se com a doutrina que entende pela desnecessidade dessa repetição. Mas, ao contrário da solução proposta por Oliveira e Fischer (2015), entende-se pertinente a manutenção de a defesa dos funcionários públicos (lato senso) ser facultada *antes* do recebimento da denúncia. A possibilidade de influir (positivamente falando) na decisão que recebe ou rejeita a exordial acusatória é, de fato, benéfica ao acusado e tem o nobre objetivo de proteger a Administração Pública como um todo. A solução passa pela alteração no outrora segundo momento defensivo, que agora deve ser igualmente antecipado.

Assim, propõe-se que após a apresentação da defesa do acusado, o juízo realize duas avaliações, na mesma decisão processual: (i) inicialmente, entenda pela rejeição ou pelo recebimento da denúncia; (ii) em sendo o caso de recebimento, passe – de logo – ao juízo de absolvição sumária. Vale registrar a vantagem desse proceder: de um lado, o acusado/réu possui todos os seus direitos assegurados; do outro, traz-se simplicidade e celeridade procedimental.

Não se olvida que uma alteração legislativa que assim procedesse seria o ideal. Nada obstante a ótima solução de *lege ferenda*, defende-se aqui a possibilidade via judicial de

atuação do princípio da proibição da proteção deficiente. Registre-se, porém, nesse último caso, um ponto importantíssimo: assim entendendo o juiz ou o Tribunal em proceder, deverá ser, desde o primeiro momento, explicitamente esclarecida tal linha de atuação, de forma a informar e orientar as partes (mormente a defesa). Até que sobrevenha uma alteração legislativa nesse sentido, é imprescindível que essa informação seja prévia e claramente transmitida, sob pena de nulidade absoluta da prática.

Em resumo, sugere-se a adoção da seguinte rotina:

- 1) com o protocolo da inicial acusatória que veicule delitos funcionais, deverá o feito ser concluso ao juízo;
- 2) o juiz ou o Tribunal, em despacho circunstanciado, deverá de forma explícita registrar que adotará a prática aqui relatada, determinando:
  - 2.1) a citação definitiva do acusado, esclarecendo que não haverá outro momento citatório;
  - 2.2) que o acusado já apresente toda a defesa relativa a preliminares e ao mérito, de forma a subsidiar juízo de rejeição da denúncia e, também, juízo de absolvição sumária;
- 3) em chegando a resposta do acusado, o juízo procederá, então, a duas avaliações, necessariamente na seguinte ordem:
  - 3.1) definição pela rejeição ou recebimento da inicial;
  - 3.2) em havendo recebimento, realização incontinenter do juízo de absolvição sumária.
- 4) em sendo afastada a absolvição sumária, segue-se – a partir desse ponto – a ritualística normal.

Tal proceder realiza a otimização dos princípios fundamentais envolvidos, pois: mantém intactos os direitos ao contraditório e à ampla defesa do acusado; resguarda a Administração Pública contra o recebimento inapropriado de ações penais; e, por fim, imprime celeridade, objetividade e funcionalidade ao rito procedimental, rendendo homenagem ao princípio que veda a proteção deficiente estatal.

### 4.3 A VEDAÇÃO, EM REGRA, DA REALIZAÇÃO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL NOS CASOS DE APLICAÇÃO DO ART. 366 DO CPP

Desde a edição da Lei 9.271, de 17.4.1996, a legislação brasileira ganhou uma nova redação para o art. 366 do Código de Processo Penal, que assim passou a dispor:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Trata-se de norma voltada a abarcar as hipóteses nas quais o acusado (denunciado) não consegue ser pessoalmente localizado nos seus regulares endereços residenciais e profissionais, na maior parte das vezes porque desejou evadir-se do distrito da culpa ou porque informou, não raro de forma proposital, um endereço equivocado. Restando frustrada a citação pessoal, lança-se mão, então, da citação via edital. Como a praxis demonstra, em raríssimas oportunidades a citação editalícia cumpre seu desiderato, restando então determinada a paralisação do processo e do curso do prazo prescricional até que o acusado venha a ser encontrado ou até que ultrapassado o prazo limite de espera da paralisação<sup>71</sup>.

A redação do citado art. 366 autoriza, como se vê, a determinação da produção antecipada de “provas consideradas urgentes” durante a paralisação processual, com o fito de resguardar a produção probatória. A interpretação do que deve ser considerado como “prova urgente” é o cerne da questão aqui trazida; mais especificamente, se a prova testemunhal ou a tomada do depoimento da vítima podem ou devem ser enquadradas como “prova urgente” para fins de sua realização antecipada, a despeito do desaparecimento do réu.

Jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem fixando o entendimento de que a produção da prova testemunhal não pode ser abarcada pelo conceito de “urgência” requerido pelo texto legal. Isso está consagrado no verbete sumular nº 455 daquele Tribunal, que assim versa: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”.

Explicitando a *ratio* da Súmula, tem-se que: apenas se houver um risco concreto e

---

<sup>71</sup> Hoje fixado pela Súmula nº 415 do STJ, que prediz: “o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”.

especialíssimo – como, por exemplo, a testemunha estar em estado de doença terminal ou prestes a ir morar em um país distante, o que trará dificuldade ao futuro ato processual – é que se justificará a realização de sua oitiva de forma antecipada. O “mero” decurso do tempo, ainda que longo ele seja, não seria motivo suficiente a ensejar a abertura imediata da produção probatória.

#### **4.3.1 Explicitando as críticas ao entendimento jurisprudencial do STJ**

A interpretação que vem predominando na jurisprudência parece estar conectada tão somente aos ditames do dito garantismo “negativo”. A paralisação da marcha processual é medida que almeja resguardar a ampla defesa e o contraditório do acusado, o que é digno de aplausos. Nada obstante, o entendimento de que a instrução processual deve ficar igualmente sobrestada deflui contra a garantia de justiça relativa ao processo.

Lança-se mão do recurso à citação por edital pelo fato de o denunciado estar em local incerto e não sabido. Vale destacar que na expressa maioria desses casos isso vem a ocorrer porque o próprio acusado, furtando-se à justiça penal, desaparece por vontade própria de seus endereços conhecidos, ou mesmo fornece endereços falsos para deliberadamente não ser encontrado. Assim, não se pode deixar de argumentar que se está se valendo da própria torpeza para obter alguns benefícios: o primeiro, obstar a aplicação da lei penal; o segundo, provocar, com a demora, a ocorrência da prescrição; o terceiro liga-se ao enfraquecimento dos meios de prova, em decorrência dos efeitos da passagem do tempo. Tais “vantagens”, ainda que indiretamente não desejadas, terminam por ocorrer com o mero desenrolar temporal.

No que diz respeito à colheita da prova testemunhal e do depoimento da vítima, por exemplo, dois importantes dados não podem ser olvidados e demonstram as fragilidades aí envolvidas: (i) as testemunhas e as vítimas humanas, como pessoas que são, constituem-se em seres de relativa perecibilidade, que podem faltar por uma série de motivos ao momento de sua oitiva (v.g., por morte, por uma doença grave que as torne impossibilitadas de depor, por haverem mudado de endereço sem deixar informações sobre o seu paradeiro etc.); (ii) os *experts* dos estudos da mente afirmam nos dias atuais, com ares de certeza, que o passar do tempo traz grandes efeitos prejudiciais à memória humana, quer do ponto de vista do esquecimento, quer do ponto de vista da produção das ditas “falsas memórias”.

Nada há muito a registrar sobre o primeiro ponto levantado, já que ele decorre da

indefectível finitude humana e é incontestável, a não ser que ele serve de reforço à argumentação de que provas que dependam de seres humanos devem ser mesmo tidas por “urgentes”. Mas aqui vai-se além disso, explorando-se melhor o ponto seguinte.

A respeito dele, Ávila (2014) cita as sugestionabilidades e suas possíveis resultantes – as “falsas memórias” – como um dos grandes problemas do processo de criminalização brasileiro. A respeito das falsas memórias, o autor define-as como as “artimanhas do cérebro, informações armazenadas como verdadeiras, ou induções dos entrevistadores, de outras pessoas e/ou da mídia que, no entanto, não condizem com a realidade”, as quais podem aparecer em processos que buscam a reconstrução de um fato pretérito. Assim, consistiriam em lembranças de situações que, em verdade, jamais ocorreram. Essas memórias inexatas poderiam ocorrer quer espontaneamente, quer através de uma sugestão externa, de acordo com o apontado.

Ainda seguindo os estudos de Ávila (2014), consideram-se “nefastos” os efeitos do tempo sobre a integridade da prova testemunhal. “A qualidade da prova pode estar comprometida também quando da decorrência de lapso temporal exacerbado entre a coleta dos depoimentos policiais e os testemunhos judiciais, favorecendo a produção de memórias falsificadas”, afirma.

Em outro artigo produzido sobre as falsas memórias e a necessidade de se adotar cuidados com a obtenção da colheita da prova oral no processo penal, Lopes Jr. e Di Gesu (2007) chamam a atenção para essa problemática – não para solucioná-la, advertem, por entenderem que não haveria “soluções simples para problemas complexos”. É interessante destacar a primeira das sugestões colhidas do citado artigo e trazidas em termos de conclusão<sup>72</sup>: “as contaminações a que está sujeita a prova penal podem ser minimizadas através da *colheita da prova em um prazo razoável*, objetivando-se suavizar a influência do tempo (esquecimento) na memória” (LOPES JR.; DI GESU, 2007, com destaques no original).

Já Giacomolli e, novamente, Di Gesu (2008) destacam como de um modo geral não há, no Brasil, nenhuma preocupação dos profissionais encarregados na investigação

---

<sup>72</sup> As demais conclusões, de forma resumida, seriam: (ii) a adoção de técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva, que permitem a obtenção de informações quantitativa e qualitativamente superiores à das entrevistas tradicionais, altamente sugestivas; (iii) a gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual, principalmente as realizadas por assistentes sociais e psicólogos, para permitir ao juiz o acesso ao completo registro da entrevista; (iv) que não seja explorada tão somente uma versão da história, notadamente a versão acusatória; (v) a diminuição da cultura da prova testemunhal, para substituí-la por investigações calcadas em novas técnicas e tecnologias.

preliminar e da instrução processual acerca da psicologia do testemunho. Destacam ainda os trabalhos realizados na década de 70 por Elizabeth Loftus sobre as distorções produzidas na memória, quer por terem sido manipuladas ou sugestionadas, quer pela própria alteração naturalmente gerada com o passar do tempo nos fatos vivenciados. Também fazem ver a enorme problemática em torno dos depoimentos de crianças, na medida em que o ser humano é drasticamente mais influenciável ou permeável a falsas recordações em sua fase infantil. Registram, a propósito do tema, uma significativa advertência: “alertamos para a necessidade urgente de este meio de prova ser obtido com maior qualidade técnica”.

Sobre a passagem do tempo e a conexão com a colheita da prova oral, ressaltam que:

[...] o transcurso do tempo é fundamental ao esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo, a forma de retenção da memória é bastante complexa, não permitindo que se busque em uma “gaveta” do cérebro a recordação tal e qual ela foi apreendida. E, a cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada. A memória opera efetivamente a partir do presente, tal como o paradoxo apontado por Ost e confirmado por Virilio, conservando-se na memória tão somente aquilo que é reconstruído. A velocidade e a instantaneidade dos acontecimentos, aliada ao decurso do tempo, não permitiriam a recordação, isto é, a fixação dos fatos na memória. Por isso, a prova há de ser colhida em um prazo razoável (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

Concluem de forma simples: “quanto menor o intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas e das testemunhas, menor será a possibilidade de haver esquecimento e menor a possibilidade de influências externas” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

Evoluindo seu raciocínio a partir desses e de outros estudos, não é à toa que o próprio STJ já vem abrandando seu entendimento cristalizado na Súmula nº 455. Isso ocorreu recentemente com o julgamento, em 29 de novembro de 2016, do Recurso em *Habeas Corpus* nº 64.086/DF, relatoria para o acórdão do ministro Rogério Schietti Cruz. Tratava-se de impugnação, pela Defensoria Pública, à decisão de 1º grau que determinara a oitiva de testemunhas policiais sobre um caso de tentativa de homicídio no qual o agente delitivo estava foragido. O processo havia sido paralisado em face da aplicação do art. 366 do CPP.

Em suma, entendeu a maioria dos componentes da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça que, em razão das peculiaridades da profissão de policial, na qual se está constantemente em contato com novas e muitas vezes repetitivas ações criminais, deveria haver uma flexibilização dos ditames da Súmula nº 455, para aceitar, como inserto no caráter de prova “urgente”, a antecipação dos testemunhos de tais pessoas. O Acórdão restou assim

ementado, em essência:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO TENTADO. RÉU FORAGIDO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. TESTEMUNHAS POLICIAIS. ART. 366 DO CPP. **SÚMULA 455 DO STJ. TEMPERAMENTO. RISCO DE PERECIMENTO DA PROVA. TEMPO E MEMÓRIA. JURISDIÇÃO PENAL E VERDADE.** AFETAÇÃO DA MATÉRIA À TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. **Desconhecido o paradeiro do acusado após a sua citação por edital, pode o Juiz, fundamentadamente, determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, visando a justamente resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, comprometida com a busca da verdade, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do tempo.**

2. Se, por um lado, a jurisdição penal tem o dever de evitar que o acusado seja processado e julgado à revelia, não pode, a seu turno, ter seus resultados comprometidos pelo tardio depoimento de pessoas que, pela natureza de seu ofício, testemunham diariamente a prática de crimes, cujo registro mnemônico se perde com a sucessão de fatos similares e o decurso do tempo. **O processo penal permite ao Estado exercitar seu *jus puniendi* de modo civilizado e eficaz, devendo as regras pertinentes ser lidas e interpretadas sob dúplice vertente – proteção do acusado e proteção da sociedade – sob pena de desequilibrarem-se os legítimos interesses e direitos envolvidos na persecução penal. É dizer, repudia-se tanto a excessiva intervenção estatal na esfera de liberdade individual (proibição de excesso), quanto a deficiente proteção estatal de que são titulares todos os integrantes do corpo social (proibição de proteção penal deficiente).**

[...]

4. **Estudos recentes de Psicologia demonstram a ocorrência frequente do fenômeno psíquico denominado “falsa memória”, em razão do qual a pessoa verdadeiramente acredita que viveu determinado fato, frequentemente distorcido, porém, por interpretações subjetivas, convergência de outras memórias e por sugestões externas, de sorte a interferirem no processo de resgate dos fatos testemunhados.**

[...]

8. **No caso sob análise, o Juízo singular, ao antecipar a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, salientou que, por ser a testemunha policial, sua oitiva deve realizar-se com urgência, pois “... o atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sem que isso configure violação à garantia da ampla defesa do acusado...”**

9. A realização antecipada de provas não traz prejuízo ínsito à defesa, visto que, a par de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, nada impede que, retomado eventualmente o curso do processo com o comparecimento do réu, sejam produzidas provas que se julgarem úteis à defesa, não sendo vedada a repetição, se indispensável, da prova produzida antecipadamente.

10. Recurso em *Habeas Corpus*, afetado à Terceira Seção, desprovido (grifou-se).

Destaca-se, da ementa trazida acima, excerto retirado do item 2, que inegavelmente conecta-se à linha argumentativa desta dissertação. “O processo penal permite ao Estado exercitar seu *jus puniendi* de modo civilizado e eficaz, devendo as regras pertinentes ser lidas e interpretadas sob dúplice vertente – proteção do acusado e proteção da sociedade”. À frente,

a conclusão vem no sentido da promoção do equilíbrio da proteção de direitos e da leitura integral do garantismo: “É dizer, repudia-se tanto a excessiva intervenção estatal na esfera de liberdade individual (proibição de excesso), quanto a deficiente proteção estatal de que são titulares todos os integrantes do corpo social (proibição de proteção penal deficiente)”.

#### 4.3.2 A solução proposta

O recente entendimento do STJ que entendeu pelo temperamento do verbete sumular nº 455 quando se está diante de testemunhas policiais já sinaliza uma possível revisão, quiçá posteriormente integral, daquele primeiro entendimento. A propósito, ficou expressamente registrado no voto-condutor do julgamento do RHC nº 64.086/DF (acima citado), de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, que “o atual estágio de conhecimento científico sobre a questão de fundo nos permite analisá-la com outro olhar, diferente do momento e dos dados considerados por ocasião da edição da Súmula nº 455 do STJ<sup>73</sup>”. O ministro-relator referia-se aos inúmeros estudos científicos (trazidos, inclusive, em seu voto) que demonstraram, mais recentemente, a sensível ampliação da falibilidade da memória humana em face do decurso do tempo.

É a partir da visão científica, combinada com o necessário balanceamento da equação processual penal, que neste trabalho se propõe que a exceção que agora se criou para os casos de testemunhas policiais seja a regra para a produção probatória em geral, notadamente para a colheita de provas testemunhais e do depoimento da vítima.

Isso se dá porque, embora tenha se temperado a aplicação da Súmula nº 455/STJ para os policiais pela particularidade de suas atividades profissionais, no voto condutor fica por várias vezes demonstrada que a justificativa maior é, sim, o crescimento da falibilidade da memória humana (em geral) com o mero decurso do tempo. Se assim o é, qualquer pessoa, independentemente de sua atividade, será evidentemente afetada. Senão vejam-se algumas justificativas apresentadas ao longo do voto:

É indubitoso que a memória humana é suscetível de falhas com o decurso do tempo, não se podendo, pois, esperar que as testemunhas que irão depor sobre os fatos objeto da imputação conservem em sua mente os detalhes sobre aquilo que eventualmente sabem, enquanto o acusado permanece alheio à persecução penal deflagrada em seu desfavor.

---

<sup>73</sup> A título de informação, a edição da Súmula nº 455 data de 25 de agosto de 2010.

[...]

Pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor).

[...]

Essas [falsas] memórias podem até mesmo, consoante já provado em estudos empíricos, decorrer da convergência de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas, tornando a pessoa suscetível a esquecer a fonte da informação, bem como a não perceber a origem da informação sugestionada quando se é interrogado de maneira evocativa.

[...]

Fato é que há inúmeros estudos demonstrando que a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e por fim, se tornar inacessível quando comparada à essência do evento. Ao mesmo tempo, as falsas memórias podem ser mais resistentes do que as verdadeiras, com relatos mais vívidos em testes de recordação.

[...]

Contudo, forçoso repetir que o enunciado na súmula anteriormente mencionada deve ser interpretado criteriosamente. Tenho que, na verdade, a prova testemunhal é, se comparada a outros meios de prova, mais urgente, de maneira que a tardança em coletá-la compromete, definitivamente, a prestação jurisdicional, com reflexos nos fins a que se destina a jurisdição penal.

Como se vê, todos os argumentos levantados – vários, inclusive, de cunho científico – demonstram que a falibilidade da memória é algo ligado à natureza humana, a todos afetando. As circunstâncias do caso apenas evidenciaram que na hipótese de policiais esse risco de falhas é ainda mais alto. O fator tempo é crucial para qualquer pessoa, e o seu passar faz com que o processo tenda, na mesma medida, a se aproximar da completa inutilidade.

O mais importante fator que, na visão aqui proposta, justificaria a possibilidade de antecipação da realização da prova é o de que, em assim se procedendo, nenhum prejuízo, absolutamente nenhum prejuízo, adviria para o réu. Isso é garantido por uma série de motivos, a seguir expostos.

Primeiramente, a própria alteração promovida no art. 366 pela Lei 9.271/1996 fez com que o acusado jamais passasse a ser julgado à revelia quando não fosse encontrado. Vale dizer, não há riscos para a defesa envolvidos em um julgamento à sorrelfa, como outrora ocorria. Ainda que haja, assim, a instrução probatória, o processo seguirá paralisado aguardando o encontro do réu tão logo se finde aquela. Não há riscos, insista-se, no julgamento sem participação defensiva.

Em segundo lugar, nunca é demais lembrar que, durante a produção probatória antecipada, necessariamente (sob pena de nulidade absoluta) um defensor dativo ou mesmo um constituído pela própria família do acusado desaparecido acompanhará todos os atos

realizados, como já é de praxe ocorrer nas provas desse jaez, a exemplo das permitidas pelo art. 156, inc. I, do CPP<sup>74</sup>.

Em terceiro lugar, o que se considera mais importante: em comparecendo ou sendo localizado o réu, terá ele todos os direitos não só a ter acesso às provas já realizadas (vale registrar que hoje, com a gravação audiovisual sendo bastante utilizada para os fins de registro, é praticamente completa a ciência de tudo o que ocorreu em audiência pretérita), mas também poderá impugnar (e reperguntar) as testemunhas ou vítimas já ouvidas, bastando para tanto novo pedido nesse sentido.

Por fim, esclareça-se que durante os atos de produção probatória antecipada o processo e a prescrição estão seguindo seu curso. Apenas quando se passa a aguardar pura e simplesmente o aparecimento do acusado é que o processo restará paralisado, ocorrendo também a paralisação da contagem prescricional. Isso é importante para que não haja qualquer prejuízo à defesa, já que não se pode admitir que haja a paralisação da contagem prescricional e, ao mesmo tempo, desenvolva-se algum ato ligado à instrução probatória.

Não há dúvidas de que a solução aqui proposta é a que melhor alinha os direitos do acusado/réu e os direitos da vítima e da sociedade. A leitura integral garantista é amplamente prestigiada. Vale destacar, mais uma vez, a ausência de prejuízo à atuação defensiva com esse novo proceder; o que deixa de existir, em verdade, é um imoral “benefício” proporcionado àqueles que, à margem da lei, resolvem desaparecer do distrito da culpa. A interpretação que atualmente é empreendida, vazada nos termos da Súmula nº 455 do STJ, em verdade estimula comportamentos no sentido de se furtar à aplicação da lei penal, já que o desaparecimento do acusado implica, de regra, absoluta paralisação da colheita de provas.

Vale, por fim, destacar ainda que uma interpretação mais equilibrada enfatiza os deveres individuais para com a sociedade. Embora até se compreendam as razões pelas quais um indivíduo decide se evadir do distrito da culpa, uma vez que almeja, em última análise, manter íntegra sua liberdade, tal comportamento não pode ser estimulado ou trazer consigo qualquer vantagem a ele conectado. Deve-se dar a devida relevância aos “deveres” individuais, e a submissão do indivíduo ao Estado de Direito faz parte desse complexo de obrigações. Equilíbrio entre direitos e deveres é o que se almeja.

---

<sup>74</sup> *Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; [...]*

#### 4.4 O NÃO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA PARA AS INFRAÇÕES DITAS “INAFIANÇÁVEIS” E O PARADOXO DO BENEFÍCIO AOS CRIMES MAIS GRAVES

Desejoso de imprimir um tratamento mais gravoso, em termos de resposta criminal, a determinadas figuras delitivas, o constituinte originário de 1988 estabeleceu, no art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, que seriam “inafiançáveis” os especialmente graves tipos penais do racismo, da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo, e ainda os crimes definidos por lei como hediondos e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Após 1988, agora já sob a batuta do legislador derivado, igualmente tentou-se estabelecer parâmetros mais elevados em termos de responsividade penal para determinados delitos. Em todos os seguintes crimes, muitos deles por mero espelhamento das citadas disposições constitucionais, previu-se também a figura da “inafiançabilidade”: art. 2º da Lei 8.072/90 (crimes hediondos)<sup>75</sup>; art. 7º da Lei 9.034/95 (ações praticadas por organizações criminosas)<sup>76</sup>; art. 1º, § 6º, da Lei 9.455/97 (crime de tortura)<sup>77</sup>; art. 3º da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro)<sup>78</sup>; arts. 14 e 15 da Lei 10.826/03 (crimes de porte e disparo de arma de fogo)<sup>79</sup>; e art. 33, *caput* e § 1º, e arts. 34 a 37 da Lei 11.343/06 (para os casos de tráfico de drogas)<sup>80</sup>.

A ideia por trás de todas essas previsões, quer sejam as do legislador constituinte, quer sejam as do legislador ordinário, pareceu ser a de impossibilitar a concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante de tais ilícitos, numa clara confusão conceitual entre esse instituto (liberdade provisória) e a fiança. Para Nucci (2004, p. 73), desde a Assembleia Nacional Constituinte, tratou-se de “equivoco nítido do legislador”, nascido da pretensão de mostrar um rigorismo em face de tais crimes. O mesmo sentimento mostrado nas edições das legislações ordinárias posteriores, quando, ainda para aquele autor, o legislador “de tempos

<sup>75</sup> A rigor, tal vedação é meramente um reflexo da vedação trazida no texto constitucional.

<sup>76</sup> Legislação inteiramente revogada, em momento posterior, pela Lei 12.850/13, e que não mais trouxe a previsão da inafiançabilidade

<sup>77</sup> Mais um caso de reflexo do texto constitucional.

<sup>78</sup> O dispositivo foi posteriormente revogado pela Lei 12.683/12, que também não trouxe mais a figura da inafiançabilidade.

<sup>79</sup> No ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal considerou ambos os dispositivos inconstitucionais, cf. ADIN 3.112. Em suma, considerou-se desproporcional a restrição à liberdade e a presunção de inocência por parte do legislador ordinário.

<sup>80</sup> Também aqui outro reflexo do texto constitucional.

em tempos (...) procura saciar-se na fonte da demagogia” (NUCCI, 2014, p. 731). Em igual sentido é a visão de Oliveira (2013, p. 524), para quem a vedação à fiança para determinados crimes foi um “manifesto equívoco constitucional”.

A ênfase nesse “erro” dos legisladores deve-se ao fato de a própria Constituição ter previsto, em outros dois incisos do art. 5º, que ninguém poderá ser levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI), e que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII), regras absolutamente incompatíveis com a figura da manutenção da prisão cautelar pela “inafiançabilidade” de determinado tipo penal.

Diz-se que são incompatíveis porque o intuito, ao se criar tipos penais “inafiançáveis”, termina sendo o de vedar a concessão de liberdade (a ainda dita “liberdade provisória”) àqueles que são presos em flagrante delito. Intenta-se, ou intentava-se, que aqueles colhidos em estado de flagrância dos referidos delitos, em razão da gravidade em tese das respectivas condutas, permanecessem durante toda a investigação e a instrução processual presos provisoriamente.

Ocorre que, hodiernamente, a doutrina é praticamente unânime (confira-se, por exemplo: BONFIM, 2009; OLIVEIRA, 2013; LOPES JR, 2014; NUCCI, 2014; LIMA, Renato B., 2015; POLASTRI, 2016), assim como os entendimentos advindos da Suprema Corte nacional, no sentido de que apenas por razões cautelares alguém pode ser mantido preso antes da confirmação de seu decreto condenatório, forte no direito à obtenção da liberdade provisória e no princípio da presunção de inocência.

O atual entendimento do STF pode ser fielmente retratado pelo excerto do voto abaixo transcrito, de autoria do então relator ministro Ricardo Lewandowski, quando do julgamento de um dos *leading cases* sobre a temática, a ADI nº 3.112-1 DF<sup>81</sup>. Tratava-se de analisar a (in)constitucionalidade do art. 21 da Lei 10.826/03, que previu a negativa *in abstracto* da possibilidade de concessão de liberdade provisória para os delitos de posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e para o comércio e o tráfico internacional irregular de armas de fogo. Parte do voto ficou assim assentada:

Com efeito, embora a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade [...], penso que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.

---

<sup>81</sup> Julgada em 2 mai. 2007 e publicada em 26 out. 2007.

A prisão obrigatória, de resto, fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que abrigam um conjunto de direitos e faculdades, os quais poder ser exercidos em todas as instâncias jurisdicionais, até a sua exaustão.

Esses argumentos, no entanto, não afastam a possibilidade de o juiz, presentes os motivos que recomendam a prisão *ante tempus*, decretar justificadamente a custódia cautelar. O que não se admite, repita-se é uma prisão *ex lege*, automática, sem motivação.

Em outras palavras, o magistrado pode, fundamentadamente, decretar a prisão cautelar, antes do trânsito em julgado da condenação, se presentes os pressupostos autorizadores, que são basicamente aqueles da prisão preventiva [...].

Ainda a respeito do entendimento hoje predominante no Supremo, vide a ementa de julgado do STF realizado no *Habeas Corpus* nº 96.715-MC/SP, relatoria do ministro Celso de Mello<sup>82</sup>:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DE DROGAS (ART. 44). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO “DUE PROCESS OF LAW”, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). **CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO “STATUS LIBERTATIS” DAQUELE QUE A SOFRE.** EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA: FATOR QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A PRISÃO PREVENTIVA. IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DA LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO POR TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO SUPERIOR. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA (grifou-se).

A regra quase absoluta, portanto, deve ser a de que o indivíduo, ainda que colhido em flagrante delitivo, responderá em liberdade à persecução penal. A chamada “liberdade provisória” impor-se-á, sendo afastada apenas se presentes motivos autorizadores da prisão preventiva (cf. arts. 312 e 313, CPP). É exatamente por isso que a previsão de “inafiabilidade” termina sendo um benefício concedido àqueles delitos (embora gravíssimos). Diz-se isso porque, na prática, obter-se-á a liberdade provisória sem necessidade alguma de pagamento de fiança.

A propósito, o novo regime implementado pela Lei 12.403/11, que alterou, entre

---

<sup>82</sup> Julgado em 19 dez. 2008 e publicado em 3 fev. 2009.

outras coisas, a disciplina da prisão em flagrante (vide art. 310, CPP), tornou estreme de dúvidas que, atualmente, ninguém poderá ser mantido provisoriamente encarcerado apenas por ter sido preso em flagrante. Passou a ser estritamente necessário que a autoridade judicial converta de imediato a prisão em preventiva se, e somente se, houver fundamentação para a cautela. Caso contrário, impõe-se a liberdade.

Com tudo isso, em casos da prática de algum delito tido por “inafiançável”, v.g., o crime de tortura ou o delito de tráfico de entorpecentes, a regra será a imposição da liberdade àquele indivíduo preso em flagrante, sendo possível a concessão de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP) – *com exceção da fiança*. Vale repisar: a autoridade judicial não poderá condicionar a liberdade do preso àquela garantia, ainda que este ostente fartas condições econômicas para tanto.

Já para os crimes não tão graves, v.g., um delito de furto ou um desacato, ao preso em flagrante poderá ser concedida liberdade, condicionada ao pagamento de fiança, a juízo da autoridade policial ou judicial. O paradoxo, assim, é evidente: para os delitos mais graves do ordenamento jurídico brasileiro, concessão de liberdade sempre *sem* fiança; para contravenções ou crimes de pequena ou média gravidade, a concessão da liberdade poderá ser condicionada ao pagamento da garantia patrimonial<sup>83</sup>.

Pode-se creditar essa situação ilógica ao fato de, à época da edição original do Código de Processo Penal (décadas de 30 e 40), ter-se como regra a manutenção da segregação daquele que era colhido em flagrante. Somente em casos excepcionais de pequena monta concedia-se a “liberdade provisória” àquelas hipóteses, tanto que até hoje essa ainda é a nomenclatura adotada pelo CPP, embora a severa crítica da doutrina (por todos, confira-se Lopes Jr., 2014).

Desde a edição da Lei 6.416, no ano de 1977, que inseriu um parágrafo único no art. 310 do CPP, criou-se a possibilidade de concessão da liberdade ao preso em flagrante pela inoccorrência das hipóteses autorizativas da prisão preventiva. Pode-se dizer, assim, que desde esse momento a regra passou a ser agora a liberdade, sendo a exceção a manutenção da custódia cautelar. Isso foi amplamente reforçado também pelo texto constitucional de 1988.

O desejo do constituinte e, posteriormente, do legislador ordinário em algumas ocasiões, de tornar certos graves delitos em casos *inafiançáveis* terminou de balde. Embora se tivesse a ideia de, com isso, restringir o acesso à liberdade provisória do preso em flagrante

---

<sup>83</sup> Em artigo específico a demonstrar essa contradição, confira-se Thiago Feio (2016). Também demonstrando a total incoerência, confira-se Jouti (2016).

delitivo, nem mais os textos (constitucionais e infraconstitucionais) assim autorizavam, nem a comunidade dos doutrinadores com isso concordava, e tampouco a própria Suprema Corte viria a cancelar tal proceder. A falta de coerência, então, se impôs.

Demonstrando que não haveria mais sentido, atualmente, em se falar de delitos inafiançáveis, seguem a narrativa e a crítica de Badaró (2015):

No regime originário do CPP, a fiança era a principal hipótese pela qual os investigados colhidos em flagrante delito poderiam responder ao processo em liberdade. Considerar um crime inafiançável era, na prática, determinar o destino do acusado, que teria que permanecer preso durante todo o processo. Todavia, desde a mudança da Lei 6.416/1977 [...] deixou de haver qualquer sentido em considerar um crime inafiançável. Ou seja, se o investigado ou acusado tivesse sido preso em flagrante delito, não poderia obter a concessão de fiança, mas poderia responder ao processo em liberdade provisória. Em suma, mais de dez anos antes da Constituição de 1988, um crime ser inafiançável já não era sinônimo de que a pessoa presa em flagrante delito teria que responder o processo presa cautelarmente. Todavia, o legislador constituinte, equivocadamente, insistiu em utilizar a categoria da inafiançabilidade, como se isso representasse um gravame maior ou reforço para a persecução penal.

No presente trabalho argumenta-se que essa gritante contradição destoa dos ditames de uma leitura integral da doutrina das garantias, pois de maneira desarrazoada traz uma situação vantajosa àquele que comete os mais graves delitos (e assim considerados, nada mais nada menos, pelo texto constitucional), acarretando uma deficiência da proteção estatal. Da forma como atualmente se interpreta, aquele que comete um delito tido por inafiançável – todos eles de extrema gravidade – terá, sempre, sua liberdade obtida sem necessidade alguma de prestação da cautela real de garantia (a fiança), ainda que possua uma vastíssima condição econômica.

Vale registrar por fim que, recentemente, o legislador ordinário nacional teve a oportunidade de rever o instituto da fiança, mediante a edição da Lei 12.403/11. Embora tenha, em muitos aspectos, atualizado tal medida cautelar, no que toca ao ponto em análise nada se modificou. Ao contrário, a novel redação do art. 323 estabeleceu as mesmas disposições constitucionais, ou seja, dispôs sobre a “inafiançabilidade” para os delitos que a própria Constituição, em 1988, já havia albergado.

#### **4.4.1 A aplicabilidade da dita “mutação constitucional”**

Como se observou acima, a qualificação de inafiançabilidade não só gera uma

perplexidade pelo patente tratamento vantajoso a crimes mais graves, como também se mostra discrepante dos atuais entendimentos doutrinário e jurisprudencial pacíficos sobre a temática. Não há mais cabimento para prisões automáticas ou *ex lege*, não há mais lugar para presunções de culpabilidade advindas diretamente da prisão em flagrante, e menos ainda há a possibilidade de manter-se alguém provisoriamente preso sem que haja concretos fundamentos cautelares para tanto. Há, em suma, um grande descompasso entre o texto constitucional e legal, no referente ao tema, com a realidade fático-jurídica subjacente.

Daí se sustentar, nesta pesquisa, que o caso se enquadra no fenômeno conhecido como “mutação constitucional”, pois a leitura literal do texto constitucional e infraconstitucional, particularmente na manutenção da “inafiançabilidade”, não mais parece comportar-se como a interpretação amplamente reinante nos dias atuais sobre a dimensão da liberdade individual, alicerçada no princípio da presunção de inocência do acusado/réu.

Por mutação constitucional entende-se o “processo informal de mudança da Constituição”, que pode ocorrer “quando surgem modificações significativas nos valores sociais ou no quadro empírico subjacente ao texto constitucional, que provocam a necessidade de adoção de uma nova leitura da Constituição ou de algum de seus dispositivos” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 340). Atribui-se à doutrina alemã, sob o rótulo de *Verfassungswandlung*, os primeiros trabalhos desenvolvidos sobre o tema, conduzidos pelos publicistas Paul Laband, Georg Jellinek e Hsü Dau-Lin (SARLET; MARINONI; MITIDIÉRO, 2014).

A ideia da mutação constitucional parte das separações existentes entre as dimensões da norma e do texto legal, bem como entre os mundos do direito (dever-ser) e da realidade (ser). De uma forma geral, isso faz com que a Constituição permaneça um marco aberto que possa refletir a natureza dinâmica e a vocação do Direito para se adequar à realidade que regula (HESSE, 1992). Sobre o que consiste e o fundamento desse fenômeno, destaca Hesse (1992, p. 305) que:

*[...] la mutación consiste en alterar el sentido del precepto constitucional (de la norma) sin modificar el enunciado lingüístico (la disposición). Conservando el mismo texto, la norma recibe otro significado. El fundamento de la mutación es la necesidad política de realización y evolución del Estado, la incorporación de la realidad; es una forma de racionalizar, estabilizar y limitar el poder que asume la Constitución. Es un cambio en el interior de la norma constitucional.*

Assim, embora a literalidade do texto permaneça hígida, a norma resultante do

processo interpretativo se altera, notadamente pelas modificações (que em geral levam anos para ocorrer) geradas no seio social daquela comunidade.

A doutrina anota que uma das hipóteses geradoras da mutação constitucional é a própria evolução jurisprudencial<sup>84</sup>, que se baseia na mudança de interpretação ocasionada ao longo do passar de anos, ainda que sem alteração formal do texto interpretado (BARROSO, 2015).

Souza Neto e Sarmiento (2014) destacam dois exemplos de mutações constitucionais ocorridas no Brasil, decorrentes de alterações da jurisprudência: o tema da fidelidade partidária e a questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Observa-se, em ambas, como a alteração da realidade subjacente foi crucial à alteração interpretativa.

No primeiro caso, revendo posicionamento anterior em sentido contrário, o STF passou a entender que o mandato parlamentar pertenceria ao partido político, e não aos parlamentares eleitos<sup>85</sup>. Como subsídio de sua nova interpretação, o Supremo apresentou relevantes razões relacionadas ao quadro fático subjacente à Constituição, como o constante e excessivo “troca-troca” de partidos pelos parlamentares, o que enfraqueceria o quadro democrático.

No segundo caso, a Corte deu nova leitura ao art. 226, § 3º, da Constituição<sup>86</sup>, para nele incluir a possibilidade de casais homossexuais serem albergados pela proteção constitucional<sup>87</sup>. Vale registrar, nessa hipótese, que o fenômeno da mutação foi flagrante, já que, durante a Assembleia Constituinte, a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo foi não somente considerada, como também explicitamente descartada. Não era intenção do legislador originário oferecer tal proteção. O correr dos anos, todavia, terminou por ser crucial à alteração de entendimento, por tornar a sociedade nacional menos preconceituosa e mais inclusiva em termos de orientação sexual. Destaca-se ainda como a referida mutação não ocorrera, de fato, somente no âmbito do Supremo. Juízes e Tribunais inferiores já assim vinham entendendo de forma precursora, tendo o STF apenas conferido publicidade e força vinculante à referida alteração (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

---

<sup>84</sup> As outras seriam, regra geral, a atuação do legislador e aquela feita por via dos costumes (BARROSO, 2015).

<sup>85</sup> Cf. MS nº 26.602/DF, rel. ministro Eros Grau; MS nº 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello; MS nº 26.604/DF, rel. ministra. Cármen Lúcia, todos com publicação em 19 out. 2007.

<sup>86</sup> Que assim dispõe: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

<sup>87</sup> Cf. ADPF nº 132 e ADI nº 4.277, julgadas conjuntamente, rel. ministro Ayres Brito e publicada em 14 out. 2011.

Barroso (2015) apresenta outro emblemático caso, agora ocorrido na seara criminal. Tratou-se da alteração do entendimento há anos sedimentado no Supremo de que a competência jurisdicional em razão do foro por prerrogativa de função se perpetuava ainda que o agente público houvesse deixado o cargo ou a função. Esse entendimento era tão arraigado no âmbito do STF que se achava sumulado no enunciado nº 394. Em 1999, a Corte revisitou o tema, cancelando o verbete sumular para afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse à frente do cargo ou da função<sup>88</sup>.

Voltando-se ao caso vertente, argumenta-se que o tema está suficientemente maduro a ponto de colher-se a mutação constitucional, o que pode ser feito inclusive pelos juízes de 1º grau ou por um dos Tribunais inferiores (e mormente pelos Superiores). No ponto, superar-se-ia a anacrônica e disfuncional consideração de “inafiançabilidade” dos graves delitos referidos pela Constituição, e repetidos pelo CPP, para – se o caso assim recomendar – impor a fiança *também a eles* como um dos requisitos para a liberdade do preso em flagrante, na esteira do que já se faz com as infrações leves e medianas. É de bom alvitre ressaltar que todas as demais regras a respeito do instituto permaneceriam aplicáveis, inclusive as possibilidades de não concessão da fiança por um dos outros motivos vedacionais legais (art. 324, CPP) ou as formas particulares de arbitramento, que podem culminar quer na dispensa, quer na diminuição ou no aumento do *quantum* legal arbitrado.

É bem verdade que, aqui também, uma mudança de cunho legislativo seria ainda mais bem-vinda, notadamente pelos caracteres de universalidade, previsibilidade e segurança jurídica. Isso também poderia ser realizado, já que o câmbio interpretativo constitucional igualmente pode ser obra do legislador. “Haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional” (BARROSO, 2015, p. 167).

A alteração por intermédio do legislador parece ser o ponto de vista defendido por Thiago Feio (2016) e Oliveira (2018). Todavia, aqueles autores entendem pela criação de outra figura jurídica, diversa da fiança, certamente com o objetivo de evitar o óbice trazido pelos dizeres constitucionais. Com efeito, em artigo recentemente publicado sobre a temática, conclui Oliveira:

É por isso que a Lei 12.403/11, embora mereça todos os encômios pela restauração da força normativa do princípio da não culpabilidade, há de ser criticada no

---

<sup>88</sup> Cf. QO no Inq. 687/DF, rel. ministro Sydney Sanches, publicado em 9 nov. 2001.

particular. Se a Constituição da República insistiu no erro de se valer de expressões absolutamente incompatíveis com o sistema de direitos e de garantias individuais de seu texto, como inafiançabilidade e de liberdade provisória, o mesmo não teria que ocorrer, necessariamente, com a legislação em vigor. Nada impede, por exemplo, que se institua uma medida cautelar de natureza igualmente econômico-financeiro (tal como a fiança) para se impor aos aprisionados em flagrante nos chamados crimes inafiançáveis. A caução, em alguma de suas modalidades, ou até mesmo na criação de uma nova espécie, poderia cumprir essa missão.

Na doutrina nacional, colheram-se algumas manifestações em sentido semelhante ao entendimento aqui proposto, ainda que não se tenha uma idêntica fundamentação. Propondo o estabelecimento da fiança como medida alternativa à prisão cautelar nos crimes de tráfico de drogas, encontra-se artigo da lavra de Marques e Carvalho (2014). Na visão desses autores – com razão –, menos gravosa seria a concessão da fiança do que a decretação da prisão cautelar nas hipóteses.

Já Claudio Araújo (2011) veio a enxergar igualmente a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional quanto à fiança, embora não no sentido versado neste trabalho. Para esse autor, desde a edição da Lei 12.403/11 a inafiançabilidade deixou de ser uma presunção de periculosidade e passou a constituir apenas uma particular medida cautelar (ao lado das demais previstas ao longo do art. 319, CPP), mas seu uso ainda estaria vedado aos crimes tidos por inafiançáveis.

Todas essas soluções propostas, todavia, parecem apenas resolver parcela da contradição, restando ainda solucionar a controversa figura do “benefício da inafiançabilidade”. De fato, não há atualmente nenhuma lógica de aplicação – no direito brasileiro – a justificar a manutenção dessa forma de interpretação, que pelo menos desde 1977 mostra-se em profundo anacronismo com os atuais contornos do princípio da presunção de inocência.

Por tudo isso, seja em que hipótese se der a leitura da mutação constitucional – via judicial ou legislativa –, não se tem dúvidas a respeito da melhor razoabilidade que deve ser impressa à interpretação e à aplicação do instituto da fiança. A possibilidade de, junto ou não com outras medidas cautelares previstas no art. 319, CPP, ser também possível o arbitramento de fiança para os ditos delitos “inafiançáveis” parece ser medida que se impõe na tentativa de não se incorrer, aqui igualmente, em uma deficiente proteção estatal.

#### 4.5 A REVISÃO CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO E A (IM)POSSIBILIDADE DO VIÉS *PRO SOCIETATE*

O atual Código de Processo Penal (CPP) brasileiro dispõe, a partir de seu art. 621, a respeito do instituto da “revisão criminal”. Apresentado pelo CPP com uma das espécies de “recurso”<sup>89</sup>, é procedimento que visa atacar a coisa julgada, especialmente quando a sentença ou o acórdão transitado em julgado possuem significativa injustiça ou se fundamentarem em prova tida por fraudulenta.

Os doutrinadores, de um modo geral, discordam, todavia, da classificação adotada pelo CPP. A expressa maioria enxerga o instituto como uma verdadeira ação de natureza constitutiva negativa ou um meio de impugnação autônomo, uma vez que inaugura uma nova relação jurídica processual (enquanto nos típicos recursos a impugnação ocorre na *mesma* relação processual). Assim se manifestam, por exemplo: Greco Filho (1995), Mirabete (1997), Bonfim (2008), Tourinho Filho (2008b), Rangel (2009), Oliveira (2013), Lopes Jr. (2014), Nucci (2014) e Renato B. Lima (2015).

Tourinho Filho (2008b) anota que a razão de ser, em última análise, da revisão criminal é a correção de um erro judiciário, pois uma decisão injusta, ainda que coberta pela *res iudicata*, seria prejudicial quer ao réu, quer à sociedade, que com justa razão passariam a desconfiar da Justiça. De forma semelhante posiciona-se Renato B. Lima (2015, p. 1.783), para quem, “por mais que não se possa negar a importância da coisa julgada, não se pode admitir que uma decisão condenatória contaminada por grave erro judiciário – expressão máxima da injustiça – seja mantida pelo simples fato de haver transitado em julgado”. Conclui ainda esse autor no sentido de que se deverá buscar certo equilíbrio entre segurança (ofertada pela coisa julgada) e Justiça (advinda da correção dos erros judiciários).

A finalidade da revisão criminal é, assim, a de permitir que uma sentença ou um acórdão já transitado em julgado possa voltar a ser discutido, seja a partir de novas provas obtidas, seja a partir da atualização da interpretação do direito pelo Judiciário, seja pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento antecedente, a melhor jurisdição (Oliveira, 2013).

No Brasil, contudo, não são amplas as possibilidades de acatamento da referida ação de impugnação. No ponto que toca ao presente trabalho, centrar-se-á numa determinada

---

<sup>89</sup> Diz-se isso em razão de sua posição topográfica, inserido que foi no Capítulo VII do Título II (“Dos recursos em geral”).

limitação: apenas ao réu do processo anterior (ou alguém em seu nome) é permitido fazer uso da citada revisão. Não há, no direito brasileiro, possibilidades atuais de a revisão criminal ser ventilada pelo Ministério Público, ou ainda pelo assistente de acusação, no sentido de corrigir injustiças pelo lado do corpo social ou da vítima. Não há a possibilidade, assim, da chamada revisão criminal “*pro societate*”.

Tal limitação pode ser extraída da leitura de alguns dispositivos que regulam a revisão criminal, tal como hoje dispõe o CPP. Por exemplo, ao dispor sobre as hipóteses em que cabíveis a “revisão de processos findos”, o art. 621 apenas menciona casos anteriores de “condenação”<sup>90</sup>; já o art. 623, que regula a legitimidade ativa para o pedido, apenas se refere ao “próprio réu” ou, no caso de morte/ausência desse, seu “cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”; por fim, o art. 626, que dispõe sobre os possíveis resultados do julgamento da ação revisional, disciplina que o Tribunal julgador poderá tão só “alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo”, não podendo em nenhuma hipótese “ser agravada a pena imposta pela decisão revista”, o que se conhece como vedação à *reformatio in pejus*.

Sérgio Médici (2000), em alentada monografia sobre o tema, registra que é da tradição brasileira – desde quando surgiu a figura da revisão criminal, a partir do Código Penal de 1890<sup>91</sup> – apenas possibilitar a revisão criminal *pro reo*. Essa limitação chegou a constar expressamente dos textos constitucionais de 1891<sup>92</sup>, de 1934<sup>93</sup> e de 1946<sup>94</sup>.

Desde a Constituição de 1967, todavia, não houve mais disciplinamento da figura da revisão criminal nos textos constitucionais. A Carta de 1988 apenas a menciona nos artigos

---

<sup>90</sup> CPP: Art. 621. *A revisão dos processos findos será admitida:*

*I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;*

*II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*

*III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.*

<sup>91</sup> Pode-se dizer que anterior a isso havia um simulacro de revisão, denominado recurso de “revista”, que adveio das Ordenações portuguesas e, depois, foi incorporado ao direito nacional pela Constituição de 1824. De alçada da Corte Suprema, servia a revista para combater manifesta nulidade ou injustiça notória das sentenças (MÉDICI, 2000).

<sup>92</sup> Constituição de 1891: “Art. 81: *Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença*”.

<sup>93</sup> Constituição de 1934: “Art. 76, n. 3: *Rever, em benefício dos condenados, nos casos e pela forma que a lei determinar os processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais, a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa*”.

<sup>94</sup> Constituição de 1946: “Art. 101. *Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) IV – rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos*”; e “Art. 104. *Compete ao Tribunal Federal de Recursos: (...) III - rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos*”.

que disciplinam as competências dos Tribunais, para dispor que a esses competirá o julgamento originário de suas respectivas revisões criminais<sup>95</sup>. A disciplina da revisão criminal está, assim, desde o ano de 1967, integralmente sob os cuidados da legislação infraconstitucional.

Nada obstante o arraigado costume nacional, que desde a criação do instituto até os dias atuais apenas o apresentou como disponível à parte ré, advoga-se aqui a tese de que seria bastante razoável (e recomendável) a existência da revisão criminal, em casos excepcionais, a favor da sociedade. Demonstrar-se-á, por exemplo, que legislações de outros países de democracia consolidada admitem a figura da revisão criminal *pro societate*, o que geralmente é feito em amplitude menor do que no viés *pro reo*. Na visão ora defendida, uma alteração legislativa que viesse nesse sentido, prevendo casos excepcionalíssimos (que adiante se minudenciarão) no sentido da possibilidade de revisão também em *desfavor* do réu, mais se coadunaria com o dever de tutela estatal e a necessidade de efetivar uma proteção eficiente de direitos fundamentais da vítima, de seus familiares e da sociedade.

Sublinhe-se, de logo, que todas as propostas aqui versadas apenas poderão ser cuidadas a título de modificação de *lege ferenda*. Não se vislumbra, portanto, à falta de absoluto regramento legal, como se poderia ter a revisão *pro societate* sem uma alteração legislativa do instituto.

#### **4.5.1 Possibilidades legais e interpretativas e as propostas de alteração**

Diferentemente de textos constitucionais brasileiros antecedentes, a Carta de 1988 não fez alusão a nenhum regramento da revisão criminal. Há, assim, amplas possibilidades de disciplina por parte do legislador derivado (MIRABETE, 1997). Atualmente, o regime legal segue a redação originária do CPP (arts. 621 a 631), trazida por intermédio do Decreto-Lei 3.689/1941, com pontuais e pequenas alterações geradas pelo Decreto-Lei 504/1969.

Há quem defenda a tese, todavia, de que uma ampliação da revisão criminal, no sentido de comportar também o viés *pro societate*, seria vedada ao direito nacional em face da disciplina trazida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Tal Convenção teria sido incorporada com *status* de norma constitucional ao ordenamento jurídico brasileiro pela cláusula de ampla recepção de direitos e garantias

---

<sup>95</sup> Vide art. 102, I, j (STF), art. 105, I, e (STJ) e art. 108, I, b (TRFs), todos da Constituição de 1988.

fundamentais ventilada no art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988. Para os que assim pensam, a previsão do artigo 8, item 4, da Convenção Americana, que assim dispõe – “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” –, estaria a proibir a instituição da revisão em prol do corpo social. Por essa impossibilidade, manifesta-se boa parte dos autores nacionais, como, por exemplo, Greco Filho (1995), Médici (2000), Tourinho Filho (2008b), Oliveira (2013), Choukr (2014).

Pronunciando-se especificamente a respeito desse possível óbice trazido pelo teor da Convenção Americana, manifesta-se Renato B. Lima (2015, p. 1.789) no seguinte sentido:

Entre nós, a revisão criminal *pro societate* também encontra óbice em virtude da adoção do princípio do *ne bis in idem* processual. Por força desse princípio, previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, § 4º), ninguém pode ser processado duas vezes pela mesma imputação: entende-se que duas ações penais são idênticas quando figura no polo passivo o mesmo acusado e quando o fato delituoso atribuído ao agente em ambos os processos criminais for idêntico.

Parcela da doutrina também observa que razões de ordem política não condiriam com a figura da revisão *pro societate*. “Melhor atende aos interesses do bem comum a manutenção de uma sentença injusta, proferida em prol do réu, do que a instabilidade e insegurança a que ficaria submetido o acusado absolvido, se o pronunciamento absolutório pudesse ser objeto de revisão” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 239).

Variadas são as nações democráticas consolidadas que, na linha do Brasil atual, afiliam-se ao dito “sistema francês”, o qual não admite a revisão em prol da sociedade. Nesse grupo estão a própria França, e também Espanha, Argentina, Bélgica, Bolívia, Chile, Costa Rica, Equador, Japão, México, Paraguai, Peru e Uruguai.

Tal modo de compreender, todavia, não é voz uníssona. Ao contrário, também há doutrinadores (em número bem menos expressivo, é verdade) que defendem, ou ao menos entenderiam como interessante, que se tivesse no cenário nacional a revisão em favor da sociedade. Nesse sentido, manifestaram-se Bortz (1971), Steele (1971), Mazzili (1985) e Espínola Filho (2000).

Em obra particularmente dedicada a defender o tema, Arruda (2009, p. 328-329) registra, com ênfase:

[...] A absolvição de um culpado, tanto quanto a condenação de um inocente, enseja

um mal certo. Importa em ulceração à justiça e à segurança, valores supremos da nação. [...] Vedá-la, nestas situações, significa a consagração ao individualismo do réu absolvido e o olvido dos interesses dos demais membros da comunidade. É o pseudodireito do delinquente sendo mais respeitado do que o verdadeiro direito dos demais membros da sociedade. É a concepção da “segurança” do injusto. É a legitimação de um sistema onde o réu culpado encontra abrigo sob a égide de uma fórmula legal. [...] De outra face, a revisão não é para a acusação. Ao revés, é para a sociedade.

Em sentido semelhante manifestou-se Ceroni (2005), para quem “nem sempre os valores segurança e liberdade (máxime quando o seu titular não é merecedor deles) devem sobrepujar o valor justiça, sob pena de se propiciar condições de convivência social cada vez mais frágeis e insuportáveis, além de se fomentar a impunidade”.

Acerca da possível vedação gerada pelas disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Melo (2007/2008) apresenta interessante perspectiva sobre o tema. Relembrando, dispõe o Pacto de São José, em seu artigo 8, item 4, que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. O autor entende não haver incompatibilidade entre as previsões, visto que, julgada procedente a revisão *pro societate*, o réu não estaria a responder a “um novo processo” pelos mesmos fatos, mas sim ao “mesmo processo” antecedente, que volta a exsurgir.

De fato, amparado em lições de Pontes de Miranda (2003), argumenta-se que a ação revisional, tal como a ação rescisória da seara cível, faz “voltar à vida”, promove a “ressurreição” da mesma relação jurídica processual anteriormente cerrada pela coisa julgada. É bem verdade que a revisão, tal qual a rescisória cível, inaugura uma nova relação jurídica processual, mas essa é apenas aquela se destina a “julgar o julgamento” anterior. Em havendo, assim, procedência da revisional, a coisa julgada (anterior) restará afastada, podendo ser restabelecida a relação jurídica de antes e retomado o procedimento pretérito.

Do ponto de vista substancial, a revisão criminal em favor da sociedade assentaria sua constitucionalidade em preciosos princípios de calibre constitucional, tais como o da paridade de armas entre acusação e defesa, a relatividade da coisa julgada (para fazer prevalecer o valor “justiça” ao valor “certeza”), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e o princípio da proporcionalidade (MELO, 2007/2008).

Um dos mais importantes esteios para aqueles que defendem a admissibilidade da revisão *pro societate* é o direito comparado. Com efeito, há vários países que albergam o

instituto, em maior ou menor escala<sup>96</sup>. De acordo com Arruda (2009), atualmente o admitem, entre outros: Alemanha, Armênia, Áustria, Bulgária, China, Colômbia, Cuba, Escandinávia (Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia), Itália (com temperamentos), Portugal, Rússia e Suíça.

Centrando-se em alguns dos principais países citados, vale uma pequena catalogação das possibilidades, amparada nas lições de Arruda (2009). Pode-se dizer que todas as previsões, de certo modo, possuem origens em bases germânicas, diferentemente do “sistema francês”:

- a) Alemanha: contempla a revisão sob o *nomem iuris* de retomada/reabertura/reassunção do processo (*Wiederaufnahme*), sendo possível ocorrer quer em favor, quer contra o agente nos casos relevantes de falsidade de documentos ou de declarações de testemunhos ou de peritos, nos casos de crimes cometidos por juiz, como prevaricação, corrupção, concussão, etc., nos casos em que o agente absolvido produzir confissão posterior digna de fé e nos casos em que sobrevierem fatos ou provas novas a respeito da responsabilidade do agente por uma infração mais gravosa;
- b) Bulgária: admite a revisão contra e em favor da sociedade em várias hipóteses, por exemplo, quando descoberta a falsidade de prova que tenha servido de base para o julgamento, ou quando o juiz, servidor do juízo, membro do MP ou da força policial tenham cometido infração penal relativa à sua participação no caso criminal, ou quando surgidas novas provas relevantes ao deslinde do caso, ou ainda quando forem constatadas violações à lei, às regras do processo ou for manifestamente injusta a punição;
- c) China: admite um modelo de “supervisão de julgamento”, que trabalha com a reabertura de processos criminais em prol da sociedade nos casos em que o surgimento de novas evidências revelarem que as provas anteriores não correspondiam à verdade, ou em caso de evidências consideradas contraditórias, ou se houver ocorrido erro de aplicação da lei em momento anterior, ou ainda quando o juízo ou algum assistente tenham cometido um ato de fraude, suborno ou de abuso de

---

<sup>96</sup> Com uma pesquisa extremamente completa sobre a situação da revisão criminal no direito comparado confira-se, por todos, Arruda (2009).

poder e influenciado o julgamento;

- d) Colômbia: permite as revisões nos dois sentidos, sendo *pro societate* quando o erro foi ocasionado por um delito de um juiz ou de um terceiro, quando a sentença anterior se baseou em prova falsa fundamental para suas conclusões e em caso de o próprio país ter sido condenado em Corte internacional de direitos humanos no sentido de cumprir com as obrigações de investigação e punição de violações de direitos;
- e) Escandinávia (Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia): em tais países, admite-se a reabertura ou retomada do processo nas hipóteses de sentenças determinadas por falso testemunho, utilização de documentos espúrios, cometimento de infração conexa à causa pelo juiz ou membro do júri e revelação de novos fatos ou descoberta de provas novas;
- f) Itália: ordenamento que está a meio caminho entre as duas vertentes. Embora de um modo geral lance mão da sistemática francesa e admita apenas a revisão criminal *pro reo*, em duas hipóteses tolera-se a reabertura do processo em detrimento deste: no caso de extinção de punibilidade à base de certidão de óbito falsa e no caso de agente agraciado com diminuição de pena por força de delação que posteriormente foi descoberta falsa ou reticente;
- g) Portugal: com clara inspiração tudesca, admite a revisão a favor ou contra o réu. Contra o agente, é possível a revisão nos casos de falsidade de determinados meios de prova e nos casos de crime cometido por juiz ou por jurado, relacionado ao processo no qual foi prolatada a primeira decisão;
- h) Rússia: permitem-se várias possibilidades de reabertura do processo em ambos os sentidos (pró e contra o réu), notadamente quando houver ocorrido provas falsas (declarações, perícias, documentos) ou uma prática ilícita com repercussão no veredito, ou o juiz tiver praticado condutas ilícitas, ou a Corte constitucional russa reconhecer a desarmonia entre o julgamento e a Lei Maior da Rússia, ou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos pronunciar violação à Convenção Europeia, ou ainda

quando surgirem novas circunstâncias delitivas;

- i) Suíça: sob a inspiração germânica, a revisão segue as mesmas condições do direito alemão.

Vale registrar ainda que em praticamente todos esses países listados admitem-se outras possibilidades de revisão quando esta se dá *a favor do réu*, de forma muito semelhante às hipóteses hoje albergadas na legislação brasileira.

É numa linha dita intermediária que este trabalho propõe admitir, também no Brasil, determinadas hipóteses de revisão *pro societate* para casos excepcionais, notadamente aqueles ligados a uma grave ilicitude anteriormente cometida. Seriam elas: (a) sentença/acórdão que se fundamentou em documentos, testemunhos ou perícias comprovadamente falsos; (b) extinção da punibilidade baseada no uso de certidões de óbito falsas; (c) atuação corrompida de juízes, jurados, membros do Ministério Público, peritos ou delegados que tiveram papel relevante no caso. Por fim, cabe trazer mais uma situação que as legislações mais modernas têm previsto: seria o caso (d) de condenação do Brasil, feita por uma instância internacional (ex.: Corte Interamericana de Direitos Humanos), para a retomada de investigações ou do processamento do caso por violação de direitos humanos, em casos de manifesta injustiça ao direito humanitário.

Na raiz das três primeiras situações postas está um velho brocardo jurídico: “*nemo auditur propriam turpitudinem*” (a ninguém é dado se valer da própria torpeza). De fato, ainda que para preservar a segurança, não parece razoável estimular, com qualquer espécie de benefício (ainda mais se o benefício é o encerramento de um processo-crime), comportamentos flagrantemente ilícitos e que terminam por determinar a absolvição – injusta – em um determinado caso. Já na última previsão (alínea d) está o desejo de alinhar nosso ordenamento jurídico com as decisões advindas das Cortes internacionais, tal como já feito exemplarmente pela legislação colombiana.

Vê-se que não se está a propor uma amplitude da revisão em favor da sociedade tal qual a que se admite em prol do condenado. Muito ao contrário. Todas as situações em que, de modo geral, o erro advier de equívocos interpretativos ou do mau funcionamento estatal em descobrir, no tempo devido, o deslinde criminoso (tal como são as hipóteses hoje previstas, em prol do condenado, no art. 621, incs. I e III, do CPP) não seriam admitidas na vertente pró-

sociedade. Albergar-se-ia uma versão “temperada” de possibilidades de revisão *pro societate*.

Vale um breve comentário sobre as propostas apresentadas:

*a) Sentença ou acórdão baseados em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*

De certa forma, não chega a ser novidade no mundo jurídico nacional esta previsão, já que ela é idêntica ao hoje art. 621, inc. II. Nasce, todavia, a possibilidade de o questionamento ser feito *em favor da sociedade*, notadamente com o intuito de cobrir um flanco de ilicitude e, assim, desestimular práticas ilícitas. Registre-se que não seria qualquer depoimento ou documento falso que culminaria na reabertura do caso, mas tão somente aqueles que tiveram direta e decisiva influência no deslindamento do arquivamento, da absolvição do delito, ou da pena significativamente aquém da devida.

*b) extinção da punibilidade baseada no uso de certidões de óbito falsas;*

A previsão acima referida nasce para resolver certa perplexidade e lacuna do direito brasileiro. A jurisprudência nacional, ao se deparar em alguns momentos reais de patente injustiça como esse – certidões de óbitos falsas que serviram como supedâneo de declarações de extinção da punibilidade –, terminou por “driblar”, com uma solução engenhosa, a vedação à revisão *pro societate*.

A solução engendrada foi considerar um “ato inexistente” a decisão anterior declaratória da extinção da punibilidade, porque baseada em documento falso, e prosseguir com a reabertura do caso, exatamente do ponto onde parou, com a determinação de seu desarquivamento. Diz-se, assim, que não estaria havendo uma revisão *pro societate* propriamente dita, mas tão somente a desconsideração de uma decisão baseada numa falsa premissa<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.525/MG, rel. ministro Carlos Velloso, julgado em 16/11/2004 pela 2ª Turma do STF e assim ementado:  
PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECRETO QUE DETERMINA O DESARQUIVAMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO *PRO SOCIETATE* E DE OFENSA À COISA JULGADA. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, IX, DA CF.  
I - A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a coisa julgada do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. [...]

Bem observada a dinâmica de decisões como essas, todavia, nota-se que há certa desconsideração – ainda que informal (o que é mais grave) – da *res iudicata*. E a se admitir esse raciocínio, ele deveria ser aplicável, no mínimo, também às hipóteses nas quais a absolvição se baseia em falsas provas (depoimentos, documentos, perícias etc.), o que não ocorre hoje.

A novel previsão, assim, corrigiria esse decisionismo de arremedo, trazendo uma opção dentro das regras do sistema, o que por certo aumentaria a segurança do próprio réu.

*c) atuação corrompida de juízes, jurados, membros do Ministério Público, peritos, delegados ou outros agentes públicos que, de um modo geral, tenham tido um papel decisivo no caso;*

A previsão de cláusula como essa, inspirada em vários ordenamentos de outras nações, tem como fito combater o câncer da corrupção, desestimulando qualquer benefício advindo da postura ilícita e criminoso de agentes públicos.

Evidentemente, a conduta ilegal deve ter sido determinante ao arquivamento ou à absolvição do caso, com grau direto de influência na decisão anterior.

*(d) condenação do Brasil, feita por uma instância internacional (ex.: Corte Interamericana de Derechos Humanos), para a retomada de investigações ou do processamento do caso, em casos de manifesta injustiça.*

Previsões como essa têm geralmente surgido nos ordenamentos jurídicos mais recentes, ou que tiveram reforma no ponto das revisões criminais nos últimos anos. Passou-se a prever a possibilidade de decisões de instâncias internacionais interferirem, no sentido contra ou a favor do réu, nas sentenças ou nos acórdãos transitados em julgado. Cita-se, exemplarmente, a legislação da Colômbia, que assim dispõe em seu Código de Processo Penal (Lei 906/2004):

*Artículo 192. Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:*

*[...]*

*4. Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones*

*del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.*

A ideia é ter a possibilidade de fazer cumprir as decisões advindas de Cortes internacionais de justiça, notadamente quando a condenação sinalizar violações de direitos humanos por um julgamento anteriormente falho, que descambou em impunidade.

Encerrando as hipóteses, registre-se que deliberadamente não se está a recomendar outras hipóteses, previstas mundo afora, que igualmente possibilitam a revisão *pro societate*. Daí ter se registrado aqui que se adotaria uma posição intermediária. São elas, por exemplo: a confissão válida do réu, obtida em momento posterior ao caso (que poderia ser uma fonte de outras condutas perniciosas, como torturas etc.); a reinterpretção dos fatos ou do direito (que praticamente tornaria nulo o próprio instituto da coisa julgada); e a descoberta de prova nova, notadamente aquela a que não se chegou anteriormente por deficiência estatal em sua descoberta.

No mais, cabe registrar que o prazo prescricional da revisional *pro societate* é, nos países que a admitem, regra geral estipulado em grau inferior ao da revisão *pro reo*. Enquanto nesse último caso tem-se, costumeiramente, a possibilidade de ajuizar a ação a qualquer tempo, na primeira hipótese normalmente ela é vinculada aos prazos prescricionais do delito que se almeja apurar. Ideia semelhante seria a proposta para o ordenamento jurídico nacional.

O surgimento da revisão criminal *pro societate*, que pelas hipóteses sugeridas não se entende que será uma impugnação costumeira na práxis judicial, em última análise se presta mais como um veículo de correção de graves injustiças, de desestímulo de práticas ilícitas e especialmente de equilíbrio de garantias de direitos fundamentais caros. De um lado, resguarda-se o acusado e a coisa julgada, e de outro, não se descarta de valores como os de segurança, igualdade, efetividade, prestação jurisdicional e justiça.

## CONCLUSÃO

Partindo da perspectiva de concretização do direito à segurança, este trabalho se propôs a lançar luzes sobre uma questão central que envolve a seara criminal: a tentativa de se encontrar um ponto de equilíbrio entre as finalidades do direito penal e processual penal. Se se diz que eles servem para a proteção dos bens jurídicos mais importantes dos indivíduos e do corpo social, não é menos verdade que eles também servem como fundamentais garantias àquele que sofre a persecução penal estatal, pois traçam os limites e as regras do jogo. O processo penal particularmente sofre, durante toda essa luta dialética que se desenvolve, dessa constante bipolaridade, dessa espécie de esquizofrenia crônica que a um só tempo espera atender e conciliar dois polos antagônicos, como o do direito à liberdade (dos suspeitos, acusados e réus em geral) e o dos direitos à segurança e à efetiva prestação jurisdicional (da sociedade, da vítima e dos familiares desta).

Diferentemente de algumas sociedades europeias, como a italiana e a espanhola, viu-se como a crescente “sensação de insegurança” demonstrada, de um modo geral, em quase todas as latitudes e longitudes do território nacional tem razões concretas de existir. Se nos citados países a insegurança nasce mais de aspectos subjetivos, já que os números contradizem esse sentimento, no Brasil – notadamente nos últimos trinta anos – a escalada praticamente ininterrupta da violência e da corrupção é estatisticamente demonstrável.

O crescimento delitivo não é, todavia, problema único. A própria persecução penal, em seus variados aspectos (desde a notificação do delito, passando pelas fases investigatória, judicial e executória) mostra-se burocrática, morosa e ineficiente, redundando em preocupante denotação (aqui também objetiva) de impunidade. A correlação entre estes aspectos – impunidade e crescimento delitivo – parece ser, aliás, de absoluto mutualismo.

Nesse diapasão, extrai-se a constatação de que o direito à segurança, nada obstante ter sido normatizado em vários momentos pelo atual texto constitucional brasileiro, não vem tendo a devida concretização. Há desrespeitos (vários) quer advindos dos próprios cidadãos, quer das próprias entidades estatais, que não estão se desincumbindo do dever de tutelá-lo. Agravando esse quadro, vale acrescentar que não há dúvidas de que a Carta de 1988 erigiu tal direito como de caráter “fundamental”, seja por suas privilegiadas posições topográficas, seja por desempenhar funções clássicas definidoras dessa espécie: de defesa (ou de liberdade), de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação.

Essa fundamentalidade do direito à segurança implica a atração da dita dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por sua vez produtora dos consequentes deveres de tutela estatal. Tais deveres conectam-se com os direitos penal e processual penal na medida em que trazem ao ente estatal o ônus de proteger direitos fundamentais (da vítima, de seus familiares, da sociedade como um todo) contra agressões advindas dos próprios agentes públicos e em especial de outros particulares.

Aliás, desde que o monopólio da justiça (penal) passou a ser incumbência estatal, não é muito difícil se chegar à ilação no sentido dos deveres estatais de proteção de bens jurídicos, notadamente mediante o direito penal e processual penal. A novidade talvez seja o fato de a proscrição da proteção deficiente tornar-se um verdadeiro critério legitimador da seara criminal. Se deve ser combatido o excesso punitivo estatal, não menos importante é se combater a ausência ou a desqualificada atividade.

A não atuação estatal, ou sua atuação aquém do devido ou esperado, produz assim odiosa deficiência normativa. Para destacar tal aspecto, surge a doutrina que advoga o princípio da proibição da proteção deficiente, que tem o mérito de trabalhar como um reforço ou um realce às aguardadas obrigações estatais. A virtude dessa doutrina é destacar desatendimentos estatais de normas de direitos fundamentais, quando lhe era exigida proteção. As bases de tal entendimento encontram-se, afora na dimensão objetiva, no princípio da proporcionalidade, em vertente antagonista da vedação ao excesso.

Tal ineficiência de atuação pode-se mostrar presente em quaisquer dos braços do Estado, vale dizer, nas funções executiva, legislativa ou judicial. Particularmente, este trabalho cuidou de verificar possíveis implicações do citado princípio nos âmbitos legislativo e judicial do direito processual penal pátrio. Nessa seara, o princípio da proibição da proteção deficiente vai encontrar-se com o rico debate a respeito da doutrina do garantismo penal.

Esse debate acerca da doutrina de Ferrajoli nada mais é, em última análise, do que a própria dualidade a que se fez referência de início, a dita contradição fundamental do direito criminal. Mais uma vez tenta-se descobrir a medida ótima de proteção, a um só tempo, entre direitos individuais de liberdade e direitos coletivos ou sociais. Nesse sentido, fica bastante evidente como a própria doutrina ferrajoliana das garantias relativizou-se, ou ampliou-se, ao longo dos anos. Se na época de seu lançamento, na década de 1980, ela tinha como enfoque quase que exclusivo os direitos do acusado, ao passar do tempo adquiriu muito mais a roupagem de uma teoria geral do direito constitucional, passando a dar guarida também aos

direitos coletivos e sociais, bem como a enquadrar os deveres de atuação estatal.

No Brasil, a polêmica em torno da aceitação ou não do dito “garantismo integral” parece muito tributária dessa falta de sincronia entre os pontos de partida. Para aqueles que têm o olhar fixo na doutrina penal de outrora, sobressaem os direitos à liberdade; para aqueles outros que veem, ou sempre viram, na obra de Ferrajoli uma equação mais balanceada, os direitos à liberdade caminham ao lado dos direitos do corpo social.

As mais recentes obras do jusfilósofo italiano parecem não deixar dúvidas, todavia, de que a razão está com esses últimos, pois o próprio autor passa a se referir a uma “expansão” do paradigma garantista. Não que isso signifique que haja propriamente um novo “garantismo integral”, mas sim que deve ser feita uma “leitura integral” do garantismo. Essa ampliação tem diretas conexões com a migração que a obra de Ferrajoli desenvolve: caminha-se, pouco a pouco, da seara exclusivamente penal aos horizontes mais alargados, complexos e dialéticos do direito constitucional, que exigem profundas composições entre direitos fundamentais antagônicos.

Sob as luzes do princípio da proibição da proteção deficiente, e na busca de uma leitura integral do garantismo processual penal pátrio, esta dissertação apresentou em seu capítulo final algumas disposições legislativas ou certos entendimentos jurisprudenciais que destoariam desses ritmos. Procurou-se trazer um aspecto propositivo a diversos pontos da processualística criminal brasileira que, no sentido aqui defendido, mostram-se dissonantes com os deveres de uma eficiente tutela estatal.

Com foco na celeridade, na desburocratização e no combate à impunidade, apresentaram-se as propostas a respeito das (i) paralisações processuais que interessam exclusivamente à defesa (mas descuram dos direitos da contraparte), (ii) da realização de duas espécies de “citações” para os delitos funcionais (em um excesso de formalismo sem sentido), e ainda sobre (iii) o vetusto entendimento a respeito da absoluta suspensão da instrução processual, quando o acusado desaparece do distrito da culpa, tornando o processo vulnerável aos deletérios efeitos da passagem do tempo.

Já na perspectiva maior do combate à desigualdade e de posturas ilógicas (especialmente legislativas), demonstrou-se o paradoxo do benefício de que se aproveitam os graves crimes inafiançáveis (figura de absoluto anacronismo no Brasil atual), e a justeza de se ter, no cenário nacional, a previsão da revisão criminal no sentido *pro societate*, notadamente para opor-se a casos muito singulares de vantajosas ilegalidades.

Todas essas proposições almejam tornar o procedimento mais equilibrado e balanceado. Não é intuito ampliar o punitivismo penal ou se ter uma postura sociodefensivista a qualquer custo. Os pontos destacados mostraram-se, sem nenhuma justificção plausível, uma excessiva pendência a apenas um dos lados da equação criminal.

A busca dessa medida ótima, justa, equilibrada, de proteção parece ser o trabalho inesgotável dos operadores do direito criminal. *Virtus in medium est*. Se o direito penal ou o processual penal penderem sobremaneira para qualquer um de seus polos finalísticos – seja o demasiadamente protetivo dos direitos sociais, seja o ultragarantista dos direitos individuais –, menos legítimos eles serão. Em ambas as hipóteses, restarão desacreditados. Por outro lado, quanto mais se aproximarem do ponto zero da balança, mais eles serão uns dos maiores realizadores das promessas normativas da modernidade.

## REFERÊNCIAS

### 1. LIVROS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O paradoxo dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTUNES, Ruy da Costa. *Da analogia no direito penal*. Recife: Imprensa, 1953.

ARRUDA, Élcio. *Revisão criminal pro societate*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Leme: BH, 2009.

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

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

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BEZERRA, Jorge Luiz. *Segurança pública: uma perspectiva político-criminal à luz da teoria no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo, Brasiliense, 1989.

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.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: Tomo I e II*. Brasília: ESMPU, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Vol. VI. Campinas: Bookseller, 2000.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

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.

FERNANDES ARAÚJO, Francisco. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da Justiça*. Campinas: Copola, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Coleção Estado e Constituição.

\_\_\_\_\_. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, v. 1, teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 2013b.

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

\_\_\_\_\_. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2015. Coleção saberes críticos.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. 1, tomo I. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. *Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. *Escritos del derecho constitucional*. 2. ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOUAISS. *Dicionário eletrônico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, tomo I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Ivan. *Onde mora a impunidade? Porque o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios*. Instituto sou da paz. São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://soudapaz.org/upload/pdf/index\\_isdp\\_web.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/index_isdp_web.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Gabriela Córdoba e Daniel Pastor, revisada por Julio Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

POLASTRI, Marcellus. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Roger de Melo. *A tutela da vítima no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2014.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. [s.l.]: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STEELE, Evandro. *Revisão criminal “pro societate”*. Niterói: [s.e], 1971.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal: 3º volume*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008a.

\_\_\_\_\_. *Processo penal: 4º volume*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

## 2. ARTIGOS

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.

ARAÚJO, Claudio Watrin de. A mutação constitucional da inafiançabilidade. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 16, n. 3025, 13 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20217>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

AVELINE, Paulo Vieira. Segurança pública como direito fundamental. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das falsas memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. *Revista síntese direito penal e processual penal*, v. 14, n. 84, fev./mar. 2014. Porto Alegre: Síntese, 2014, p. 64-82.

BADARÓ, Gustavo. O Supremo e a inafiançabilidade ou: por que prenderam o Delcídio? *Justificando: mentes inquietas pensam Direito*. 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://>

justificando.cartacapital.com.br/2015/11/26/o-supremo-e-a-inafiancabilidade-ou-por-que-prenderam-o-delcidio/>. Acesso em: 9 abr. 2018.

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.

BIACHINI, Alice. Segurança pública como um direito do cidadão e expectativas sociais em relação ao enfretamento da violência. In: SILVA, Reinaldo Pereira (coord.). *Novos direitos: conquistas e desafios*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 99-114.

BORTZ, Horácio. Revisão pro societate. *Revista Justicia*, v. 71, 1971, p. 235-241.

CANO, Ignácio; RIBEIRO, Eduardo. Homicídios no Rio de Janeiro e no Brasil: dados, políticas públicas e perspectivas. In: CRUZ, Marcus Vinícius Gonçalves da; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira (orgs.). *Homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

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.

CERONI, Carlos Roberto Barros. Revisão pro societate. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 676, 12 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6716>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

DUCLERC, Elmir. Garantismo penal integral ou defensivismo *diet*? Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Jul. 2013. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wpcontent/uploads/2013/07/Garantismo-Penal-Integral-ou-Defensivismo-Diet.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

FEIO, Thiago Alves. Análise crítica à inafiançabilidade a partir do novo modelo cautelares da Lei nº 12.403/2011. Anais do XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba. Direito penal, processo penal e Constituição I. Curitiba: 2016.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. In: WUNDERLICH, Alexandre. *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a, p. 207-229.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias e direito penal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 485-500, maio/ago. 2013a.

\_\_\_\_\_. O garantismo e a esquerda. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (orgs.). *Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013c.

\_\_\_\_\_. Per un Pubblico Ministero come istituzione di garanzia. In: CALABRICH, Bruno;

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](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.

\_\_\_\_\_. Garantismo penal integral = direito adequado à defesa e não a um defensivismo *diet*. Grupo nacional de membros do Ministério Público. Dez. 2013b. Disponível em: <[http://www.gnmp.com.br/publicacao/218/garantismo-penal-integral-direito-adequado-a-defesa-e-nao-a-um-defensivismo-diet#\\_ftn1](http://www.gnmp.com.br/publicacao/218/garantismo-penal-integral-direito-adequado-a-defesa-e-nao-a-um-defensivismo-diet#_ftn1)>. Acesso em: 1 abr. 2018.

FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 33-45.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 431-452.

GIACOMOLLI, Nereu José e DI GESU, Cristina Carla. As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI – Brasília-DF. Brasília: 2008.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e ragione tra essere e dover essere. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). *Le ragioni del garantismo*: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 25-48.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da proibição de proteção deficiente. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 16 dez. 2009. Acesso em: <20 set. 2017>.

GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). *Le ragioni del garantismo*: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 49-65.

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

JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal merece breve (e parcial) reflexão. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. Jul. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/afra-nio-jardim-garantismo-processo-penal-merece-reflexao>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

JOUTI, Augusto Yuzo. Lei não pode estabelecer novos crimes inafiançáveis. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 73, p. 55-76, abr.-jun. 2016.

KHALED JR, Salah H. Garantismo *à la carte*: integral, desnatado ou semidesnatado? *Justificando*: mentes inquietas pensam Direito. Set. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

LINS, Letícia. Sensação de insegurança cresce e números confirmam violência maior. *Jornal do Commercio de Comunicação*. Recife, 16 set. 2015. Disponível em: <<http://jc.ne10.uol.com.br/blogs/jcnasruas/2015/09/16/sensacao-de-inseguranca-cresce-e-numeros-confirmam-violencia-maior/>>. Acesso em: 2 mai. 2017.

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. *Boletim IBCCRIM*, ano 15, n. 175, jun. 2007. São Paulo: 2007, p. 14-16.

MÁRMOL, José Luis Martí. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trota, 2005.

MARQUES, Mateus; CARVALHO, Marçal. Da possibilidade de fiança como medida alternativa à prisão cautelar nos crimes de tráfico de drogas. *Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 9-19, abr./maio 2014.

MAZZILI, Hugo Nigro. Revisão “pro societate”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 594, abr. 1985, p. 296-298.

MELO, Jailson José de. Revisão criminal pro societate: evolução, constitucionalidade e parâmetros normativos. *Revista Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 35, n. 115, out./mar. 2007/2008. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92420/revisao\\_criminal\\_pro\\_melo.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92420/revisao_criminal_pro_melo.pdf)>. Acesso em: 9 abr. 2018.

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

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do Código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 179-199.

MORAIS, Lorena Ribeiro. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. In: *Senatus*, Brasília, v. 6, n. 1, mai. 2008, p. 50-58.

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.

NETO, Alfredo Copetti; PINHO, Ana Cláudia. Garantismo integral: a “teoria” que só existe

no Brasil. *Justificando*: mentes inquietas pensam Direito. Jul. 2017. Disponível em: <[http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/#\\_ftn2](http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/#_ftn2)>. Acesso em: 1 abr. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Inafiançabilidade constitucional e liberdade provisória: pluralidade normativa e unidade de sentido. *Revista eletrônica GenJurídico*. 10 jan. 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/01/10/inafiancabilidade-constitucional-liberdade-provisoria-pluralidade-normativa-unidade-de-sentido/>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. O *dress code* do garantismo penal de Ferrajoli. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. Jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli#sdfootnote5sym>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

PISARELLO, Gerardo; SURIANO, Ramón. Entrevista a Luigi Ferrajoli. *Isonomía – Revista de Teoría e Filosofía del Derecho*. Mexico, n. 9, 1998, p. 187-192.

RAMOS, André de Carvalho. Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Coord. Leonardo Nemer Caldeira Brant. Vol. 1, n. 1, Belo Horizonte: CEDIn, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 21. Salvador: mar.-maio 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, jun. 2005.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

SOUZA, Josias de. Apenas 8% dos inquéritos criminais da Polícia Federal viram denúncias do Ministério Público. UOL política, 17 jun. 2013. Disponível em: <<https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2013/06/17/apenas-8-dos-inqueritos-criminais-da-policia-federal-vm-denuncias-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

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, nº 97, marco/2005.

\_\_\_\_\_. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? In: *Jus Navigandi*. Publicado em: jul. 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/11493>>. Acesso em: 25 out. 2015.

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](http://www.direitofranca.br)>

### 3. DOCUMENTOS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012. Brasília, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/44sg>>. Acesso em: 3 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, Relator Min. Marco Aurélio. Em trâmite, julgamento da medida cautelar em 9 set. 2015a.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conceitos básicos. Publicado em 20 jan. 2015b. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/orgaos-de-seguranca-1/conceitos-basicos>>. Acesso em: 20 set. 2017.

ENASP. Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública. Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012.

GALLUP 2017. *Global law and order*. Washington, 2017. Disponível em: <<http://best.semester.com/sites/default/files/BestSemester/Gallup%202017%20Global%20Law%20and%20Order%20Report.pdf>>

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil 2009. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/monografias/GEBIS%20-%20RJ/pnadvitimizacao.pdf>> Acesso em: 3 mai. 2017.

IBOPE. Retratos da sociedade brasileira – segurança pública. Confederação Nacional da Indústria. Indicadores CNI, ano 6, n. 38, março de 2017. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/rsb-38-seguranca-publica/>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

IPEA. Relatório brasileiro para o Habitat III. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: ConCidades, IPEA, 2016. Disponível em: <<http://habitat3.org/wp-content/uploads/National-Report-LAC-Brazil-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

LIMA, Renato Sérgio de. A investigação de homicídios no Brasil. Gestão e disseminação de dados na Política Nacional de Segurança Pública. Ministério da Justiça e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/fbsp\\_termoparceria\\_2/5-4-a-investigacao-de-homicidios-no-brasil.pdf](http://justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/fbsp_termoparceria_2/5-4-a-investigacao-de-homicidios-no-brasil.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2018.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira. 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

SENASP. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Homicídios no Brasil: registro e fluxo de informações/ organização: Isabel Seixas de Figueiredo, Cristina Neme e Cristiane do Socorro Loureiro Lima. Coleção Pensando a Segurança Pública. v. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

\_\_\_\_\_. Pesquisa perfil das instituições de segurança pública 2013 (ano-base 2012). Isabel Seixas de Figueiredo, Gustavo Camilo Baptista (coords.). Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pesquisa-perfil/relatorio\\_pesquisa\\_perfil\\_anobase\\_2012.pdf](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pesquisa-perfil/relatorio_pesquisa_perfil_anobase_2012.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

SINESP. Estatísticas criminais. Sistema nacional de informações de segurança pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Ministério da Justiça. Brasília, 3 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.sinesp.gov.br/estatisticas-publicas>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2016: homicídios por armas de fogo no Brasil*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Audiência pública realizada em 1 jun. 2016. Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado da Câmara dos Deputados. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cspcco/audiencias-publicas/audiencias-publicas-2016/ApresentaoDr.JacoboWaiselfiszFLACSO.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.