



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU

MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

**CONSTITUIÇÃO, GARANTISMO INTEGRAL E PROCESSO PENAL: os
direitos fundamentais como legitimadores de uma intervenção penal
eficiente**

JOSÉ DONATO DE ARAÚJO NETO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Orientador João Luís Nogueira Matias

FORTALEZA – CE

2010

RESUMO

Aborda-se a relação dos direitos fundamentais enquanto deveres de proteção como fonte de legitimação de um processo penal eficiente. A ideia da Constituição como fundamento de um modelo garantista integral dos direitos fundamentais é discutida em face do observado déficit de eficiência das normas processuais voltadas para a tutela penal dos direitos da vítima e da comunidade. A noção de um direito processual penal destinado não apenas a assegurar a liberdade do réu, mas, também, e em igual medida, os direitos da parte ofendida pelo crime será objeto de estudo. O texto aborda, ainda, que o garantismo de Ferrajoli, seguido pela grande maioria dos doutrinadores penalistas brasileiros, conquanto válido para a formação de uma intervenção penal justa e ética, não engloba a totalidade das funções dos direitos fundamentais exigidas pelo Estado Democrático de Direito. Portanto, a partir de uma instrumentalidade de limitação do poder punitivo, o estudo parte para um modelo de proteção penal equilibrado, isto é, garantista e eficiente, consentâneo com o dever de tutela constitucional dos interesses da comunidade. São analisadas situações específicas colhidas da legislação, doutrina e da jurisprudência pátrias, tais como os exemplos do poder investigatório do Ministério Público nas hipóteses de crimes praticados por policiais, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de cooperação jurídica internacional direta entre nações, a consideração do abuso de autoridade como infração de menor potencial ofensivo, em que se detecta a ineficiência do processo, propondo-se alternativas hermenêuticas para compatibilizá-lo com o dever de proteção penal eficiente. A intenção é defender a constitucionalidade do processo penal como meio de combate ao crime e ao criminoso, comprovando que não é preciso ocupar a posição de réu para ser titular de direitos. Discute-se, portanto, com supedâneo na perspectiva objetiva, no modelo garantista integral e na proteção da proibição deficiente, a constitucionalidade de uma intervenção penal eficiente na proteção de direitos fundamentais da vítima e sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUIÇÃO; DIREITOS FUNDAMENTAIS; PROCESSO PENAL; GARANTISMO INTEGRAL; PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the role of fundamental rights as obligations of protection and sources of legitimacy of an efficient criminal process. The idea of the constitution as a base of a model that guarantees full protection of fundamental rights is discussed vis a vis the observed lack of efficiency of the procedural norms related to penal protection of the rights of a victim and the community. This study is based on the notion of a procedural criminal law aimed not only on assuring the freedom of the defendant, but, also, to the same extent, the rights of the victim of the crime. The text also deals with the idea that Ferrajoli's doctrine of guarantees, followed by the vast majority of Brazilian criminal scholars, although valid for the formulation of a just and ethical criminal intervention, does not include all of the functions of fundamental rights required by the rule of law. Therefore, starting with the limitations of punitive power, the study continues with a model of balanced criminal protection, that is, guaranteed and efficient consistent with the constitutional obligation of protection of the interests of the community. The study analyzes specific situations chosen from the legislation, legal literature and case law, such as the power of investigation by the Attorney General's Office in cases of crimes committed by the police, the interpretation given by the Supreme Court regarding the impossibility of direct international legal cooperation between nations, and the consideration of the crime of abuse of authority as a minor infraction. In those cases, a procedural inefficiency can be seen, suggesting interpretative alternatives to match the obligation of efficient criminal protection. The intent is to support the constitutionality of criminal process law as a means of fighting crime and criminal offenders, proving that it is not necessary to be a defendant to have rights. Therefore, with support in the objective perspective of the total guarantee model and the protection from deficient prevention, the constitutionality of an efficient criminal intervention in the protection of fundamental rights of the victim and society is discussed.

KEYWORDS; CONSTITUTION; FUNDAMENTAL RIGHTS; CRIMINAL PROCESS; FULL GUARANTEE; BEGINNING OF THE PROHIBITION OF THE DEFICIENT PROTECTION.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOÇÕES GERAIS	12
2.1 Terminologia.....	12
2.2 Titularidade dos direitos fundamentais	14
2.2.1 Sujeitos Ativos	14
2.2.2 Sujeitos Passivos	15
2.3 Gerações dos Direitos Fundamentais	16
2.3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão	18
2.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão	20
2.3.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão	21
2.4 Perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais	21
2.4.1 Perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais: direitos contra o Estado	22

2.4.2 Perspectiva objetiva dos direitos fundamentais: deveres de proteção do Estado	25
3 PROCESSO PENAL, GARANTISMO E SUAS RELAÇÕES COM AS PERSPECTIVAS SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
3.1 Processo Penal e sua relação com as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais	32
3.1.1 Processo Penal e perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais: o processo como instrumento de proteção do réu	32
3.1.2 Processo Penal e perspectiva objetiva dos direitos fundamentais: o processo como instrumento de proteção da vítima e da comunidade	37
3.1.3 Síntese conclusiva: o processo penal como instrumento de proteção integral do réu, da vítima e da sociedade	47
3.2 Teoria do garantismo penal à luz das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. O processo penal rumo a um garantismo integral ...	49
3.2.1 A teoria do garantismo negativo e a influência de Luigi Ferrajoli no processo penal brasileiro. Breve exposição da teoria esboçada em Direito e Razão.....	49
3.2.2 O garantismo penal integral como teoria constitucionalmente adequada: o garantismo como limite à intervenção penal e como proteção dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade	61
3.2.3 Fundamentação constitucional do garantismo penal integral	67
3.2.4 A importância do garantismo penal integral na busca de um processo penal de equilíbrio entre os direitos do réu e da vítima	72
4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	79
4.1 Noções introdutórias	79

4.2 O princípio da proibição da proteção deficiente: o outro lado do princípio da proporcionalidade	80
4.3 A proibição de proteção deficiente no processo penal	89
4.3.1 Uma proposta de conteúdo do princípio da proibição deficiente no processo penal	92
4.3.3.1 Critério de Luciano Feldens para a avaliação da insuficiência do dever estatal de proteção	93
4.3.3.2 Processo penal eficiente quanto aos meios processuais e não quanto ao resultado condenatório	94
4.3.3.3 Processo penal eficiente como direito fundamental e humano a um procedimento penal célere em prol da vítima e da comunidade	96
4.3.3.4 A necessidade de meios de prova adequados como condição para um processo penal eficiente	100
4.4 O princípio da proibição da proteção deficiente do processo penal no direito internacional e o Controle de Convencionalidade	102
4.4.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos	104
4.4.2 Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial	110
4.4.3 Convenção Internacional sobre a eliminação da discriminação contra a mulher	111
4.4.4 Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	113
4.4.5 Estatuto de Roma e Tribunal Penal Internacional	114

5 ANÁLISE DE SITUAÇÕES ESPECÍFICAS RELACIONADAS AO DEVER DE PROTEÇÃO PROCESSUAL EFICIENTE	117
5.1 Poder Investigatório do Ministério Público e investigação criminal eficiente, com ênfase nos crimes praticados por policiais	117
5.2 As interceptações telefônicas e a limitação do prazo de prorrogação. Violação ao dever de tutela processual penal eficiente	126
5.3 Obrigatoriedade de ação penal de iniciativa pública quando agredidos direitos fundamentais: inconstitucionalidade do abuso de autoridade como infração de menor potencial ofensivo	128
5.4 Cooperação Jurídica Internacional Direta e o Habeas Corpus nº. 85.588/RJ do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência contrária ao dever de proteção penal eficiente	134
5.5 Execução Provisória da pena e ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. Uma análise da decisão do STF no HC nº 84.078/MG sob o aspecto da proibição da proteção deficiente	141
5.6 Abuso do Direito de Defesa e a duração razoável do processo penal (I) ..	148
5.7 Abuso do Direito de Defesa e a duração razoável do processo penal: o caso da citação por hora certa (II).....	156
5.8 A proibição de proteção deficiente, Ministério Público e efeito dos recursos contra decisões judiciais que indeferem medidas cautelares (prisão preventiva, liberdade provisória, busca e apreensão)	159
6 CONCLUSÃO.....	163
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	168

1 INTRODUÇÃO

Aborda-se o tema dos direitos fundamentais como substrato legitimador da existência de um processo penal voltado para os direitos da vítima e da comunidade nasceu de uma intensa preocupação, a partir da nossa vivência profissional, com a efetividade de um importante instrumento estatal na consolidação dos valores salvaguardados na Constituição Federal. E, ao ingressarmos no Mestrado de Direito Constitucional da UFC, que tem como norte de pesquisa os direitos fundamentais, resolvemos optar pelo enfrentamento do tema.

A partir da constatação da feição objetiva que intensificou a normatividade dos direitos fundamentais, conferindo-lhes uma espécie de mais-valia jurídica, consistente no dever de proteção diante de ataques de particulares, o Estado, considerado antigo vilão do cidadão, transformou-se em amigo dos direitos fundamentais, estando obrigado em certa medida para o cumprimento desse dever utilizar medidas de caráter penal e processual penal. Nesse sentido, a Constituição se projeta como fundamento normativo axiológico do sistema de controle penal.

A dissertação tem, assim, por finalidade desenvolver o aspecto pouco tratado consubstanciado na relação entre a Constituição e um processo penal materialmente vinculado à tutela dos direitos fundamentais da vítima e da comunidade.

A intenção é demonstrar, ao contrário daqueles que se arrimam fielmente à doutrina garantista do italiano Luigi Ferrajoli, como se fosse a única interpretação possível do vínculo existente entre os direitos fundamentais e o processo penal, numa espécie de fundamentalismo interpretativo, que esse liame não se reduz apenas a essa visão meramente subjetiva, que encara o processo como instrumento exclusivo de proteção dos direitos do réu.

A tarefa é, portanto, descortinar, com base nos referenciais teóricos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na teoria do garantismo integral e na proporcionalidade na faceta da proibição da proteção deficiente, encoberta até então, por uma espécie de patrulhamento ideológico que vê com pessimismo o

Estado, a noção de que o processo penal assume, igualmente, a função de tutelar, por imperativo constitucional, os direitos fundamentais dos ofendidos pelo crime.

O objetivo é tentar reforçar o coro daqueles que buscam oferecer um substrato teórico à legitimação constitucional do processo penal como instrumento de tutela integral dos direitos fundamentais dos ofendidos, propondo um sistema de intervenção penal equilibrado, centrado na proteção harmoniosa dos direitos fundamentais envolvidos no conflito penal, que afaste tanto excessos quanto déficits de implementação na obrigação de proteção eficiente do processo penal.

A pesquisa foi essencialmente bibliográfica, recorrendo a livros publicados, basicamente, na área de Direito Constitucional e de Processo Penal, artigos científicos ligados ao assunto, bem como teses de mestrado e de doutorado. A jurisprudência foi explorada pontualmente, naquilo que importa estritamente ao assunto. Nesse sentido, observa-se que a jurisprudência nacional ainda encontra-se divorciada da ideia da existência constitucional de um garantismo positivo e da proteção da proibição deficiente, salvo exceções, como será demonstrado.

Os objetivos específicos consistiram em: a) analisar, naquilo de importante para a pesquisa, a teoria dos direitos fundamentais, com especial ênfase nas perspectivas subjetiva e objetiva; b) observar que, ao lado da noção clássica do processo como instrumento de proteção do réu, há aquela, mais consentânea com a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, disposta em ver o processo penal como meio para tutelar os indivíduos agredidos pela prática de uma infração penal; c) verificar, a partir daí, que a teoria do garantismo de Ferrajoli, amplamente divulgada e estabelecida em terras brasileiras, mostra-se incapaz de dar sustentação ao dever de proteção penal dos direitos fundamentais e, assim, propor a alternativa da teoria do garantismo positivo ou integral; e d) analisar o princípio da proibição da proteção deficiente, com destaque para o estudo de uma série de situações no direito brasileiro em que esse tema merece relevo.

A presente pesquisa insere-se totalmente na linha do Mestrado de Direito da UFC, mas precisamente “A tutela dos direitos fundamentais”, nos termos do que preconiza o Regimento Interno do Programa de Pós-Graduação.

Para atingir os objetivos dessa discussão, a presente dissertação é abordada em quatro partes e uma conclusão. No primeiro capítulo, abordam-se algumas noções básicas sobre direitos fundamentais, principalmente naquilo que for indispensável ao bom entendimento do tema, com especial destaque para as perspectivas subjetiva e objetiva. A partir dessa última, mostra-se que o Estado deixa de ser “inimigo” para tornar-se guardião desses direitos. Os deveres de proteção estatal, enquanto consequência da perspectiva objetiva, passam a obrigar os entes estatais a adotarem medidas, inclusive de caráter penal, na tarefa de salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos das violações de terceiros.

No capítulo segundo, discuti-se a influência das perspectivas subjetiva e objetiva no campo do processo penal brasileiro. Demonstra-se que na primeira acepção, o processo penal serve como um instrumento de proteção do réu contra possíveis abusos por partes dos órgãos estatais responsáveis pela persecução criminal. Verifica-se que esse modo de encarar o processo penal, conquanto insuficiente para atender os ditames constitucionais, ostenta, em terras brasileiras, o caráter de doutrina única.

Em seguida, vislumbra-se que o processo merece uma releitura constitucional a partir da função objetiva dos direitos fundamentais. Nessa situação, ao lado da clássica atribuição de proteção do réu, que vê o Estado com pessimismo, observa-se a necessidade de agregar ao processo a tutela dos direitos fundamentais da vítima e da comunidade, uma vez que, ao deter o monopólio da jurisdição penal, o Estado tem, em contrapartida, o dever de prestar o amparo penal à vítima e à comunidade.

Nesse mesmo capítulo, discuti-se sobre a teoria do garantismo penal à luz das perspectivas dos direitos fundamentais. A partir de um esboço sobre o garantismo negativo, proposto magistralmente pelo italiano Luigi Ferrajoli, teoria essa que, como se verá, é alinhada à função do processo como instrumento de proteção do mais débil, chegar-se-á à conclusão de que o modelo garantista criado por Ferrajoli não é capaz de abranger a obrigação do Estado de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos ofendidos pela prática do crime. Assim sendo,

apenas um modelo garantista integral atingirá com a necessária amplidão a multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

No capítulo 3, far-se-á uma abordagem sobre um tema ainda pouco conhecido pela doutrina nacional. Trata-se de enfrentar um lado oculto da proporcionalidade, no caso, o princípio da proibição deficiente no processo penal. A partir das origens e da fundamentação desse princípio no cenário brasileiro, tentar-se-á dar uma contribuição para a formatação do conteúdo da eficiência no processo penal. Analisa-se a existência, ainda que implícita, do princípio da proibição da proteção deficiente no direito internacional positivo, demonstrando a sua importância e consolidação na efetivação integral dos direitos fundamentais em jogo no processo penal.

Por fim, no quarto capítulo, passa-se a verificar diversas situações em que o dever de tutela penal eficiente, dentro de uma noção de garantismo integral dos direitos fundamentais, não vem sendo contemplado pela lei, doutrina e jurisprudência nacionais. O propósito deste capítulo é denunciar as inconstitucionalidades por omissão do Estado, na tarefa da promoção dos direitos fundamentais do cidadão agredido pelo crime, e também sugerir uma interpretação alternativa mais afinada constitucionalmente com essa importante função estatal.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOÇÕES GERAIS

Neste capítulo, o propósito é esboçar noções gerais acerca dos direitos fundamentais, abordando questões relativas à adequada terminologia, à titularidade e às gerações de direitos fundamentais. Especial ênfase será dada à temática das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, em razão da sua importância crucial para um melhor entendimento do tema central da dissertação.

2.1 Terminologia

Nota-se facilmente, na doutrina constitucionalista, um variado conjunto de expressões que pretendem rotular o fenômeno do que se entende por direitos fundamentais. Com efeito, expressões como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades negativas”, “direitos individuais”, apenas para referir as mais importantes, dão uma demonstração clara de que, no campo da terminologia, ainda não há um consenso na doutrina. Até mesmo sob a ótica do direito constitucional positivado impera o dissenso. De fato, a Constituição Federal de 88 aponta para uma diversidade terminológica, como é o caso, por exemplo, do art. 4º, II, que anuncia a expressão garantias fundamentais, enquanto que o art. 5º, §1º faz alusão a direitos e garantias fundamentais.

Comentando sobre a falta de uniformidade no trato da matéria referente à expressão que mais se coaduna com o espírito dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides vislumbra que há até um uso promíscuo dos termos na literatura jurídica. Enfatiza, porém, que há um emprego frequente da expressão “direitos do homem” e “direitos humanos” entre autores anglo-americanos e latinos, enquanto que o termo “direitos fundamentais” parece ficar circunscrito à preferência dos autores alemães.¹

Frente a essas dificuldades terminológicas, a posição que será adotada mostra-se alinhada com a denominação utilizada pela própria Constituição Federal, quando se refere, no início do Título II, aos “*Direitos e Garantias Fundamentais*”, consubstanciada na conhecida como “direitos fundamentais”.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560.

Isso porque, na visão de Ingo Sarlet, referida denominação tem a vantagem de englobar todas as demais espécies de direitos tidos como fundamentais pela ordem constitucional, assim como tem a capacidade de reunir as diversas atribuições por eles exercidas, destacando-se, dentre elas, as funções de defesa, as de natureza prestacional, os direitos-garantia e também as de garantias institucionais.²

É importante ter, ainda, em devida consideração, em reforço à escolha da terminologia “direitos fundamentais”, que as expressões do tipo “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos naturais”, encontram-se, no atual estágio da teoria dos direitos fundamentais, em verdadeiro estado anacrônico e defasado, pois são expressões que não são capazes de abranger uma gama de situações que, embora possuam certas similitudes, apresentam especificidades que reclamam a utilização de um rótulo que seja suficiente para abraçá-los integralmente.

Com efeito, embora o termo “direitos individuais” seja adequado no que concerne aos direitos de primeira geração, aqueles que, como se verá mais adiante, traduzem-se em direitos oponíveis ao Estado, mostra-se insuficiente para exprimir, por exemplo, os direitos de terceira geração, em que a titularidade do direito fundamental passa a ser de toda a coletividade, ultrapassando o indivíduo em si considerado. Daí, como já alinhado, a preferência do doutrinador Ingo Sarlet pela expressão “direitos fundamentais”.³

Outro aspecto terminológico digno de nota consiste na diferenciação das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

De uma maneira bem sintética, pode-se afirmar que, no campo da doutrina constitucional, o termo “direitos humanos” guarda íntima relação com os documentos internacionais que reconhecem ao ser humano uma posição jurídica de vantagem, enquanto que a expressão “direitos fundamentais” diz respeito àquela série de direitos positivados em uma determinada ordem constitucional.

² SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.34.

³ ob. cit., p.35.

Assim sendo, a diferenciação das expressões está na origem da positivação: se prevista em tratado internacional, a terminologia empregada será “direitos humanos”, ao passo que se positivada no corpo da Constituição, a expressão “direitos fundamentais” aparece como a mais adequada.

Saliente-se que embora haja a separação entre os termos, é de bom alvitre destacar que não se trata de institutos estanques, inexistindo também distinção quanto à importância de cada direito.

Em verdade, os documentos internacionais que tratam dos direitos humanos exercem grande influência no constitucionalismo dos países. Observa-se, aliás, que muitos dos direitos fundamentais encartados nas diversas constituições nacionais trazem inúmeros direitos reconhecidos anteriormente no direito internacional.

Tem-se, ainda, dentro dessa relação de aproximação, que a introdução normativa dos tratados no direito interno, pelo menos no direito brasileiro, vem evoluindo para um reforço ao bloco de constitucionalidade, o que em termos práticos quer significar que as normas infraconstitucionais também deverão ser interpretadas em consonância com os ditames dos “direitos humanos”⁴.

2.2 Titularidade dos direitos fundamentais

A titularidade dos direitos fundamentais pode ser compreendida entre aqueles que podem exigir a satisfação da posição jurídica de vantagem decorrente do âmbito de proteção desses direitos, que denominaremos de sujeitos ativos, e aqueles que são obrigados ao cumprimento da prestação, chamados de sujeitos passivos.

2.2.1 Sujeitos Ativos

O tema dos sujeitos ativos, aqueles que podem exigir o cumprimento da proteção dos direitos fundamentais, não encerra maiores dificuldades quanto aos

⁴ Essa constatação será importante quando formos tratar do princípio da proibição da proteção deficiente no cenário do direito internacional.

seres humanos. Em verdade, não resta dúvida alguma de que todas as pessoas naturais são titulares de direitos fundamentais.

Quanto à pessoa jurídica, não há, em princípio, objeção quanto a ser, também, titular de direitos fundamentais. Não obstante terem as pessoas físicas sido originalmente destinatárias, encontra-se superada a noção de que os direitos fundamentais destinam-se apenas às pessoas naturais.

Assim, na visão de Gilmar Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco:

Não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as conseqüências do princípio da igualdade, nem o direito à resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência, a inviolabilidade do domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.⁵

Desta forma, não há óbice às pessoas jurídicas ostentarem a natureza de sujeitos ativos, devendo-se observar, porém, a existência de garantias concedidas às pessoas humanas como destinatária exclusiva, tal qual o caso do direito fundamental à liberdade de locomoção.

Por último, cabe assinalar a possibilidade das pessoas jurídicas de direito público serem titulares de direitos fundamentais, à exemplo do Ministério Público, possuidor do direito ao contraditório, à ampla defesa, à duração razoável do processo, dentre outras prerrogativas processuais.

2.2.2 Sujeitos Passivos

O principal sujeito passivo, responsável pela quase totalidade das obrigações impostas pelos direitos fundamentais, é, sem dúvida, o Estado. São os órgãos estatais os principais e tradicionais responsáveis pelo cumprimento dos direitos fundamentais. Mais uma vez Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Gonet Branco ensinam:

A História aponta o Poder Público como o destinatário precípua das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. A finalidade para a qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos consistia,

⁵ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305.

exatamente, em estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais.⁶

Dito isso, perante o sujeito ativo, o Estado assume, a depender das características do direito fundamental, o dever de tomar prestações negativas, isto é, de *não-fazer*, como, *v.g*, não interferir na liberdade do cidadão, ou ainda, prestações positivas, verdadeiras obrigações de *fazer*, que podem consistir, dentre as inúmeras modalidades de prestações, o dever de tutela jurídico-penal em favor dos indivíduos agredidos por terceiros.

Os particulares igualmente podem ser sujeitos passivos de direitos fundamentais. Com a sedimentação da doutrina da eficácia horizontal, que postula a vinculação dos particulares a tais direitos, é reconhecido que não só o Estado, mas também os cidadãos assumem obrigações de respeito e proteção aos direitos fundamentais de outros indivíduos.⁷ Nesse diapasão:

A percepção clara da força vinculante e da eficácia imediata dos direitos fundamentais e da sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas reforçou a ideia de que os princípios que informam os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter aplicação também no setor privado⁸.

A presença de particulares como sujeitos ativos dos direitos fundamentais deve-se ao fato de que esses direitos possuem uma feição objetiva que obriga o respeito não somente pelos entes estatais, mas também pelos indivíduos nas suas relações entre si, pois se chegou à conclusão de que grupos sociais e indivíduos podem trazer violações a direitos fundamentais.

2.3 Gerações dos Direitos Fundamentais

Concomitantemente à consolidação do Estado, surgiu a concepção normativa dos direitos fundamentais, no exato instante em que foram criados mecanismos de participação popular e dispositivos de limitação ao poder estatal.

⁶ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 309.

⁷ Não é objetivo tratar de tema tão instigante. Sobre o assunto, consultar SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁸ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 309.

Esse fenômeno teve início a partir do Século XVIII, quando, então, praticamente todas as constituições passaram a tratar dos assim chamados direitos fundamentais.

Calha observar, entretanto, na esteira de Marmelstein, que o reconhecimento dos direitos fundamentais não se deu dentro de uma linha progressiva e constante de afirmação. Ao contrário, apresentaram, em sua evolução histórica, saltos e tropeços, situações provenientes da própria condição da sociedade ao longo dos tempos.

Por essa razão, a doutrina desenvolveu uma teoria das gerações dos direitos fundamentais para demonstrar como se deu a positivação desses no curso dos períodos de vida da humanidade.

Impende anotar, primeiramente, como bem enfatiza Sarlet⁹, que o reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais configura um processo de *cumulatividade* e não de *alternatividade* entre os direitos, de tal sorte que a expressão “*gerações*” de direitos fundamentais pode dar a falsa ideia de uma substituição gradativa de uma geração por outra, motivo pelo qual prefere o autor a utilização do termo “*dimensões*”, terminologia também adotada por Gérson Marques¹⁰.

Outra discussão dentro do assunto das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais refere-se ao número de dimensões. Nesse diapasão, há um consenso na doutrina quanto ao número de três dimensões¹¹, iniciada a primeira quando do advento das constituições elaboradas durante a etapa histórica do constitucionalismo liberal-burguês.

⁹ SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.53.

¹⁰ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos Constitucionais do Processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, p. 34.

¹¹ Há na doutrina constitucional alusão à existência de cinco gerações de direitos fundamentais. Por fugir do propósito do tema, sugere-se a leitura de BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

2.3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais, sob a perspectiva histórica, nasceram influenciados pela teoria liberal-burguesa do Século XVIII, em especial as Revoluções Americana e Francesa. Com efeito, foi a partir desses movimentos revolucionários que se criou uma mudança significativa na concepção de Estado revelada no fato de o absolutismo ter cedido lugar ao Estado de Direito, limitado pelos direitos fundamentais individuais.

Nesse sentido, foram os primeiros direitos a serem positivados nas Constituições, daí serem taxados de direitos fundamentais de primeira dimensão. Correspondem aos direitos de liberdade, a saber, os direitos civis e políticos, relacionados à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

São direitos de cunho marcadamente individualista, que pretendem conferir uma zona de abstenção, isto é, uma proteção ao indivíduo, livre da ação intromissiva do Estado. Facultam, ao agora chamado cidadão, e não mais súdito do rei, posições jurídicas de vantagem, que visam garantir um espaço de autonomia imune às investidas dos atos estatais.

Encontram-se nos direitos fundamentais de primeira dimensão, nas palavras de Gérson Marques, as liberdades públicas ou os direitos de liberdade, que se caracterizam pela necessidade de não-intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da comunidade.¹²

Consubstanciam-se em direitos negativos contra a ação do Estado, tendo em vista que traduzem uma obrigação de *não fazer*, ou seja, de não intervir sobre o patrimônio pessoal do homem-cidadão. São direitos, portanto, que “*têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da*

¹² GERSON MARQUES, Francisco. *Fundamentos Constitucionais do Processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, p. 34.

*peessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.*¹³

Assumem os direitos fundamentais essas características, resumidas na não interferência na esfera individual, ocasião em que o Estado era considerado o grande vilão, que deveria ser reprimido a todo custo. Ao Estado, segundo essa concepção de matriz liberal, não caberia outra função a não ser a de deixar que os cidadãos agissem livremente, sem as amarras do poder estatal, considerado, àquela época, nocivo para a livre circulação do mercado.

O Estado do tipo Liberal não se preocupava com as desigualdades sociais. Havia, assim, uma separação radical entre o Estado e a Sociedade, sendo os direitos fundamentais dessa dimensão uma espécie de instrumento antiestatal que realizava essa divisão.¹⁴ São exemplos de direitos fundamentais da primeira dimensão os direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

Incluem-se ainda nessa dimensão, os princípios e as garantias fundamentais do direito penal e do processo penal, uma vez que conferem, sob o ponto de vista do réu, uma série de limitações ao poder punitivo do Estado.

Isso porque, no âmbito da repressão penal da fase absolutista, o Estado era implacável. Aplicava as penas sem garantir os direitos à defesa e ao contraditório. Julgava-se o indivíduo em sessão secreta. Admitia-se a tortura como prova da culpa. Nessa fase, anterior, portanto, ao advento dos direitos fundamentais, o próprio juiz condenava o réu, e era o responsável pela formulação da acusação. Daí a importância do surgimento das garantias penais e processuais, enquanto direitos de primeira dimensão, como forma de controle do *jus puniendi*.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 564-565.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 564.

2.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Com a evolução da história, foi-se percebendo que o Estado Liberal, com o seu ideal de abstenção, não era capaz de responder satisfatoriamente às novas demandas exigidas pela sociedade.

O crescimento demográfico, a industrialização e o conseqüente agravamento na desigualdade entre os homens passaram a exigir do Estado uma postura ativa em face dos novos problemas que assolavam os homens. O desemprego, a fome, a miséria e a falta de cobertura social para dar conta da calamidade na sociedade demandaram a adoção de uma rede de proteção estatal para solucionar os novos desafios.

Em razão disso, uma nova gama de direitos fundamentais ganhou espaço nas constituições, ao estabelecer obrigações que não mais correspondiam a mera omissão estatal, própria dos direitos de primeira dimensão. A ordem do momento era obrigar o Estado a adotar medidas positivas, isto é, a interferir na vida econômica e na orientação das ações com vistas a garantir a justiça social.

São, assim, os chamados direitos de segunda dimensão, positivados, inicialmente, nas constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Dizem respeito aos direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho, previdência social, lazer, etc.

Nota-se, nessa segunda dimensão, que o objetivo a ser atingido pelo Estado é a igualdade entre os homens, contrariamente ao que se proclamava na primeira fase, cuja finalidade era garantir a liberdade. Em virtude dessa diferença quanto ao fim, é que são chamados direitos sociais, haja vista se referirem a reivindicações de justiça social.

Em suma, enquanto os direitos de primeira dimensão visam a limitação do poder estatal, de outro lado, os pertencentes à segunda fase, impõem diretrizes,

deveres e tarefas no intuito de possibilitar um nível maior de dignidade como pressuposto do próprio direito de liberdade.¹⁵

2.3.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Dotados de um alto valor de universalidade e de humanismo, os direitos de terceira dimensão destinam-se especificamente à proteção do gênero humano, e não mais de um determinado indivíduo, grupo ou Estado.

São os chamados direitos de fraternidade, identificados basicamente como: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.¹⁶

Na feliz síntese de Gerson Marques:

Na terceira dimensão têm-se os direitos inerentes ao gênero humano, isto é, mais do que pertencentes ao sujeito em sua individualidade ou em coletividade. Pertencem a esta classe os direitos de fraternidade, direitos ao meio ambiente hígido, ao desenvolvimento dos povos, à paz, à propriedade, sobre o patrimônio comum da Humanidade e à comunicação.¹⁷

2.4 Perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

A doutrina constitucional tem enfatizado uma espécie de índole ambivalente dos direitos fundamentais. A partir da distinção entre direitos de defesa e direitos à prestação, é possível extrair conseqüências importantes dos direitos vistos sob as perspectivas subjetiva e objetiva. Na primeira, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa, enquanto que a dimensão objetiva resulta do significado dos direitos como princípios básicos da ordem constitucional, tendo como principal característica a exigência de um dever de proteção por parte do Estado.¹⁸

¹⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 569.

¹⁷ GERSON MARQUES, Francisco. *Fundamentos Constitucionais do Processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 35.

¹⁸ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 299.

2.4.1 Perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais: direitos contra o Estado

Como se viu, pode-se considerar, sob o ponto de vista histórico, que a primeira função acometida aos direitos fundamentais foi a de servir como barreira às ações estatais abusivas. Segundo essa concepção, de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituíam, *unicamente*, escudos de proteção contra o Estado.

Essa visão dos direitos fundamentais, como direitos oponíveis ao Estado, é fruto do período histórico do Iluminismo. Naquela época, a ideia prevalecente cingia-se ao fato de que o homem era um ser dotado de direitos inatos, os quais deveriam ser respeitados pelo Poder Público. Nesse relacionamento entre indivíduo-Estado, houve a necessidade de normas que garantissem os direitos do ser humano contra o forte poder estatal.¹⁹

Com efeito, quando os homens deixaram o estado de natureza e ingressaram em sociedade, marcando a hipotética interdição entre a barbárie e a civilização, abriram mão de uma série de direitos inatos, e estabeleceram, por meio de um pacto social, os chamados direitos fundamentais que, num primeiro instante, seriam direitos oponíveis ao Estado. Logo, a principal obrigação do Estado era se abster de qualquer ato atentatório aos direitos fundamentais.

A tônica de então consistia em erigir obstáculos ao exercício dos poderes do Estado, considerado, segundo a ideologia do momento, essencialmente mau e opressor. Conforme assevera Feldens, sob essa perspectiva, os direitos fundamentais projetar-se-iam unicamente contra o Estado, considerado o único inimigo do cidadão.²⁰

A partir dessa concepção, chamada clássica, os direitos fundamentais determinam uma zona de liberdade dos indivíduos, impondo ao Estado, uma conduta omissiva, de não-intervenção, tanto que Paulo Bonavides diz que são

¹⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 13.

²⁰ 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, p. 59.

direitos que tem por titularidade o indivíduo, oponíveis ao Estado, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.²¹

Essa leitura do fenômeno estatal reside no fato de que é visto, nas relações com os cidadãos, como o Leviatã de Hobbes, pois, conforme assevera Vieira de Andrade, os direitos fundamentais como direitos de defesa, não permitem conceber o Estado como protetor, pois esse não era o seu papel.²² Era imprescindível, assim, proteger o indivíduo do despotismo do Estado absolutista, garantindo um âmbito de liberdade ao cidadão.

Rompendo com o poder absoluto e ilimitado, representado pelo Estado absolutista que, baseado na justificação divina, se converteu em um instrumento de repressão e de arbítrio, os direitos fundamentais estabeleceram-se como necessários para a salvaguarda das liberdades. Objetivam, portanto, segundo a lógica liberal, a limitação do Estado, construindo uma zona de atuação imune a intervenções dos poderes públicos.²³

Nesse diapasão, a essência dos direitos fundamentais, sob a perspectiva subjetiva, é o dever de abstencionismo estatal. Para esse tipo de comportamento, o Estado assume um viés eminentemente negativo. O papel do Estado passa a ser negativo²⁴, pois para que essa espécie seja observada, isto é, respeitada, basta uma atitude omissiva, um não-fazer do Estado.

Com razão, denominados de direitos de defesa ou de impedir²⁵, os direitos fundamentais, como direitos negativos, vedam interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos e, sob esse aspecto, constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos. Os direitos fundamentais de defesa, neste passo, ganham forma de direitos a não-afetação dos poderes

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 564.

²² ANDRADE, Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 145.

²³ 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, p. 57.

²⁴ STRECK, Lenio; MORAIS, Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 61.

²⁵ ANDRADE, Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 178.

públicos, constituindo-se, na esteira de Jane Reis Gonçalves Pereira, em abstenção do Estado, podendo o sujeito ativo exigir deste que se deixe de praticar determinados atos.²⁶

É de se ver que esse modo de encarar os direitos fundamentais aproxima-se do *status negativo* de Jellinek. Segundo o pensamento do autor, o sujeito ganha frente ao Estado, um espaço fora do alcance estatal para preservar a sua autonomia. De fato, nos termos preconizados por Jellinek, referidos direitos constituíram obrigações negativas aos órgãos estatais, no sentido de preservar um espaço livre para o desenvolvimento das pessoas.

Quanto a esse aspecto, na feliz síntese de José Gomes Canotilho, a função dos direitos de defesa pode ser vista sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).²⁷

Vê-se, portanto, em resumo, os direitos fundamentais sob a faceta subjetivo-negativa, como direitos de defesa ou de omissão contra os poderes públicos. Nessa fase, o Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem. Portanto, como forma de garantir a autodeterminação do indivíduo, era indispensável erigir barreiras aos desígnios dos entes estatais.

Com essa configuração unidirecional dos direitos fundamentais, como direito oponíveis ao Estado, resta vedada a prática de qualquer ato que transborde os limites circunscritos pelo seu âmbito de proteção.

²⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.85.

²⁷ CANOTILHO, JJ GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 408.

2.4.2 Perspectiva objetiva dos direitos fundamentais: direitos de proteção do Estado

Os direitos fundamentais sob a ótica subjetiva, conquanto não tenham perdido importância, uma nova faceta vem se destacando ao agregar um conjunto de novos efeitos e possibilidades. Com isso, sem menosprezar a função clássica, os direitos fundamentais passaram a ser pensados também de outra forma, agora em referência à comunidade, pois, como bem registrou Vieira de Andrade, “os *direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir*”.²⁸

Diante desse novo panorama, a doutrina vem tratando de dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Reconhecendo que os direitos fundamentais condensam os valores nucleares da comunidade jurídica, a dimensão objetiva liga-se ao fato de que também a sociedade é titular de direitos, cabendo ao Estado agir em sua defesa. Tanto é assim, que, para Canotilho, fala-se em fundamentação objetiva quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.²⁹

Na doutrina nacional, Jane observa que a dimensão objetiva constitui, em verdade, um comando dirigido ao Estado no sentido de proteger os direitos, o que implica, além de medidas concretas visando a efetivá-los, a atividade legislativa destinada a desenvolvê-los e promovê-los. Suplanta-se, desta forma, a visão puramente individualista que reduzia os direitos fundamentais ao estatuto jurídico das relações entre as pessoas isoladas e o Estado³⁰.

Com essa nova configuração dos direitos fundamentais, enquanto valores objetivos da ordem jurídica, avulta a necessidade de que eles serem lidos sob uma

²⁸ ANDRADE, Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 144-145.

²⁹ CANOTILHO, JJ GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1256.

³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.77.

visão estritamente unidirecional, mas também como orientação para a atuação positiva dos órgãos estatais. Resulta, pois, dessa nova função, que os direitos fundamentais deixam de ser considerados, exclusivamente, sob a perspectiva individualista, mas, igualmente, como um direito em referência à coletividade, que deve ser, igualmente, tutelada e protegida.

Com essa nova roupagem, os direitos fundamentais deixam de ser limitação e passam a servir de norte para a atuação do Estado. A dimensão objetiva liga-se, portanto, conforme ensina Daniel Sarmiento, ao reconhecimento de que os direitos fundamentais consagram além de certas prestações estatais, os valores mais importantes de uma comunidade política.³¹

Deste modo, enquanto que na dimensão negativa, o Estado é visto como inimigo dos direitos fundamentais, servindo como direitos oponíveis aos entes estatais, no desenvolvimento da perspectiva objetiva, percebeu-se que o ataque aos direitos fundamentais partiam não só do Estado, mas também de terceiros. A partir dessa constatação, essa visão pessimista do poder abriu espaço para a concepção do Estado como amigo dos direitos fundamentais, responsável por sua garantia efetiva frente às lesões praticadas pelos próprios particulares.

Sendo assim, de uma postura inicial de abstenção, os direitos fundamentais desnudam uma nova função para o Estado, ao prescrever, de fato, um *dever de proteção* contra ataques provenientes dos próprios particulares. Nesse sentido, o Estado passa a ostentar a figura de garantidor dos direitos fundamentais, pois o pacto social também se realiza entre os membros da coletividade. Assim, não só os órgãos estatais devem respeito aos direitos fundamentais, mas também os integrantes do corpo social.

Os princípios constitucionais são lidos, portanto, como verdadeiras garantias dos indivíduos, quer seja em face do Estado, quer seja em face de si

³¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 134.

mesmos.³² Nesse passo, a título exemplificativo, se o direito à vida é uma obrigação do Estado, os particulares também têm o dever de respeitar a vida dos demais.

Infere-se daí que, enquanto os direitos de defesa asseguram as liberdades, exigindo-se um não-fazer, nos direitos a prestações, ao contrário, há uma obrigação de fazer por parte dos organismos estatais. Sob esse enfoque, os deveres de proteção impõem comandos ativos aos poderes públicos, que devem atuar no sentido de evitar lesões aos direitos fundamentais praticados por particulares.

Como salienta Gilmar Mendes, os direitos à prestação referem-se a uma exigência de prestação positiva, correspondente a uma obrigação de fazer ou de dar. Assim, nos termos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, enquanto dever de proteção estatal, surge o direito de reclamar do Estado uma atuação positiva, consistente em resguardar os direitos fundamentais contra ameaças de terceiros³³.

Da mesma forma quanto à perspectiva subjetiva, esse novo olhar sobre a relação do indivíduo frente ao Estado aproxima-se do *status* positivo de Georg Jellinek, o que, em linhas gerais, consiste em assegurar ao indivíduo o direito de exigir que o Estado atue positivamente no sentido de realizar uma prestação.³⁴

Dentro desse novo viés, entende-se que a partir do reconhecimento dos deveres de proteção, é possível extrair direitos subjetivos individuais à tutela estatal, que terá, no caso, a obrigação de adotar providências normativas, administrativas e materiais para proteger os indivíduos de danos e lesões causadas por terceiros. Há, assim, um enriquecimento na eficácia, uma espécie de mais valia aos direitos fundamentais.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10 ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

³³ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, p. 292.

³⁴ SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 167.

O Estado fica, portanto, obrigado, nas suas três esferas de poder, a adotar uma postura ativa na efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, aliás, como bem lembra Sarmiento:

tal dever incumbe ao legislador, que tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais, à administração, a qual deve agir materialmente para prevenir e reparar as lesões perpetradas contra tais direitos, e também ao Judiciário, que, na prestação jurisdicional, tem de manter sempre a atenção voltada para a defesa dos direitos do homem³⁵.

Sendo assim, o Estado enquanto detentor do monopólio do poder, o primeiro e o último responsável por todas as ofensas aos direitos fundamentais, cabendo-lhe preveni-las e reprimi-las³⁶, tem o dever de defender o cidadão, adotando, se for o caso, medidas de caráter penal que protejam efetivamente os direitos fundamentais.³⁷ Nessa última hipótese, muitas das normas de direito penal e as que regulam a intervenção policial passaram a ser vistas com outros olhos, agora dentro de uma perspectiva de um dever de proteção.

Por isso, para a concretização da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais a Constituição precisa ser cumprida não só pelos cidadãos componentes da população de um Estado, mas, principalmente:

pelos próprios poderes públicos que tem uma função de proteção. Com isso, realizam-se no plano concreto as pretensões dos destinatários dos direitos fundamentais positivados no que se refere ao seu significado de proteção, seja em relação aos outros cidadãos, seja contra as instâncias de poder público ou privado.³⁸

Nesse diapasão, segundo Vieira de Andrade, o Estado tem a incumbência de elaborar todas as normas necessárias para a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de terceiros, sejam elas penais, administrativas, laborais, civis, processuais, etc., organizando e realizando todas as ações administrativas, e velar pelo funcionamento adequado dos tribunais, de modo a

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 162.

³⁶ ANDRADE, Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 148.

³⁷ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 301.

³⁸ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 84

assegurar, a todos os níveis e em todas as circunstâncias, uma proteção efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos”, pois segundo o autor lusitano, é obrigação do Estado adotar medidas positivas das mais diversas naturezas com o objetivo de proteger efetivamente o exercício dos direitos fundamentais.³⁹

Observa-se que esse dever de proteção estatal presta-se para justificar limitações aos direitos fundamentais em prol dos interesses da coletividade, pois a ideia central é que os direitos não são exercidos no vácuo, mas vividos no âmbito de uma vida societária⁴⁰. Assim, necessidades coletivas podem justificar restrições no âmbito de validade dos direitos fundamentais, pois, como assevera Gilmar Mendes, Gonet Branco e Inocêncio, a perspectiva objetiva legitima até mesmo restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos.⁴¹

Parece ser consenso, que o famoso *Caso Luth* do direito constitucional germânico marcou a consagração explícita da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. No caso em questão, em linhas gerais, discutia-se a existência de um boicote contra um filme dirigido pela cineasta Veit Harlan, de herança nazista, por Erich Luth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo. Em julgamento pela Justiça de Hamburgo, restou decidida a cessação do boicote. Inconformado com a decisão, Luth apresentou queixa para o Tribunal Constitucional. Em celebre decisão, o Tribunal reconheceu, ao lado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, como finalidade primária de imposição de limitações contra interferências das autoridades públicas, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

No constitucionalismo brasileiro, a fundamentação dos deveres de proteção do Estado encontra fundamentação no direito à segurança e na cláusula do Estado de Direito. Quanto ao primeiro, como direito fundamental social, diz o autor que a norma induz a ideia de que o Estado tem o dever jurídico de agir no plano social para proteger os indivíduos da violação dos seus direitos fundamentais por

³⁹ ANDRADE, Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 148.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, 2004, p. 137.

⁴¹ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

atos de terceiros. Por outro lado, no que concerne ao princípio do Estado de Direito, no momento em que se confere ao Estado o monopólio do uso da força, negando aos particulares a capacidade de autotutela dos seus direitos, obriga-se a exercer o dever de tutelar o cidadão ofendido, punindo a conduta do transgressor.⁴²

É preciso salientar, ainda mais, que a dimensão objetiva não procura, de modo algum, solapar a dimensão subjetiva. Em nenhum momento, a dimensão objetiva autoriza a funcionalização dos direitos fundamentais em prol da coletividade, numa postura organicista e antiliberal. De fato, os direitos fundamentais contra o Estado continuam a exercer papel de grande importância na estrutura de defesa do indivíduo.⁴³

O que propõe a nova faceta da dimensão objetiva é simplesmente constatar que também a coletividade titulariza direitos fundamentais que devem ser protegidos pelo Estado. Nesse sentido, conforme anota Sarlet, os direitos fundamentais de defesa devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade.⁴⁴

Busca-se, assim, com essa nova concepção dos direitos fundamentais, a ideia de um equilíbrio entre os deveres estatais de não interferência e de proteção. Essa última perspectiva importa na justificação de restrições proporcionais aos direitos fundamentais dos indivíduos, condicionando o seu exercício dentro de um contexto de responsabilidade comunitária dos indivíduos.

Com um poder de síntese digno de nota, Luciano Feldens pontifica que os deveres de proteção do Estado *(i) encontram sua origem remota dentro do próprio marco contratualista, (ii) desenvolvem-se, hoje, no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, que lhe servem de fundamento, e (iii) constituem-se, na expressão de*

⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 168.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, 2004, p. 137.

⁴⁴ SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 155

*Böckenforde, como eixo central daquilo que se denomina dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.*⁴⁵

⁴⁵ 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, 2008, p. 77.

3 PROCESSO PENAL, GARANTISMO E SUAS RELAÇÕES COM AS PERSPECTIVAS SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, em se tratando das perspectivas subjetiva e objetiva relacionam-se com o processo penal também sob dupla acepção. No primeiro caso, o processo penal tem a função de constituir um instrumento de proteção contra o Estado-Penal, ao resguardar os direitos fundamentais do réu. Já no segundo momento, na faceta da dimensão objetiva, o processo penal como meio de combate contra o crime, cumprindo a função de proteger a coletividade.

3.1 Processo Penal e sua relação com as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

3.1.1 Processo Penal e perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais: o processo como instrumento de proteção do réu

Na medida em que o Estado assumiu para si o monopólio da Justiça Penal, abraçando a titularidade exclusiva do direito de punir, retirando das mãos dos particulares o exercício da vingança privada⁴⁶, referida assunção teve como consequência imediata, o dever estatal de colocar, ao alcance da vítima e/ou da comunidade, instrumentos adequados para fazer com que o agressor seja punido pelo crime praticado.

Com efeito, pedida a atuação do Estado através da acusação, esse poder de atuar se transforma em um dever de prestar, de forma efetiva, a tutela jurisdicional. Desta forma, com a avocação feita pelo Estado de resolução dos conflitos, foi-se forjando o instrumento do processo penal como meio para satisfazer a pretensão penal.

Segundo Aury Lopes, essa exclusividade do poder de punir surgiu no exato momento em que suprimida a vingança privada. O Estado, segundo Aury, avocou para si o direito e o dever de proteger a comunidade, como meio de cumprir a função de procurar satisfazer o bem comum, que se veria afetado pela

⁴⁶ Segundo o Código Penal, o exercício arbitrário das próprias razões configura crime previsto no art. 345.

transgressão da ordem jurídico-penal em razão de uma conduta delitiva.⁴⁷ Assim sendo, substituindo os particulares, impedindo, portanto, a autotutela, o Estado assumiu o dever de atuar quando a intervenção penal seja necessária, através do seu instrumento de operacionalização, o processo penal.

Atento a essa questão do direito de punir do Estado, Juan Montero Aroca alude a uma espécie de exclusividade estatal na aplicação do Direito Penal e do Processo penal, o que exclui, na visão do autor, a possibilidade de qualquer justiça penal privada, bem como a aplicação de pena sem processo. Nas palavras do autor espanhol:

El primero de los monopolios atiende a que el Estado há asumido em exclusiva la determinación del Derecho penal en general y su aplicación em el caso concreto, de modo que no existe delito fuera de lo que es Estado configura como tal ni imposición de pena por los particulares, con lo que queda excluida cualquier pretendida justicia penal privada. El tercer monopolio se centra em que el Derecho penal se aplica por los tribunales, pero que éstos han de utilizar necesariamente el medio que es el proceso, no pudiendo imponer penas de cualquier otra forma. Estamos aqui, otra vez, ante una opción de civilización, que ha llevado a prohibir aplicaciones del Derecho penal que no se realicen precisamente con las garantías del proceso.⁴⁸

Nesse diapasão, a partir da exclusividade no exercício do monopólio da persecução penal, o processo penal passa a ser o único instrumento, por meio do qual, se concretizará o direito penal. Em verdade, enquanto as demais normas de direito civil podem ser livremente aplicadas na esfera da realidade, sem a necessidade da interposição estatal, de outro lado, assume o direito penal a natureza jurídica de um direito de coação indireta⁴⁹, que não pode prescindir do seu instrumento, não se admitindo, portanto, a imposição de sanção extra-processual, isto é, fora do processo. O processo penal é, assim, a única estrutura reconhecida como legítima para a imposição da pena.

⁴⁷ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.21.

⁴⁸ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal - una explicación basada en la razón*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 17.

⁴⁹ Ao contrário das normas de direito civil, que podem ser aplicadas voluntariamente pelos particulares, sem a necessidade de intervenção do Estado, no direito penal tal exercício é imprescindível. Existe um monopólio da jurisdição penal, sendo o processo penal o meio para se alcançar a pena.

Visto por esse ângulo, o processo penal ostenta a natureza instrumental de servir para a aplicação da pena ao infrator. Entretanto, enquanto seja a única via pela qual o Estado pode impor a sanção correspondente ao crime, o seu objetivo primordial não é propriamente esse. Para o renomado autor gaúcho, o processo penal é, essencialmente, um instrumento constitucional de defesa do réu. O processo penal não tem, assim, por finalidade primeira, funcionar para aplicação da pena, mas sim, e, sobretudo, como meio de limitar o poder estatal punitivo.

Em outras palavras, na visão de Aury, a instrumentalidade do processo penal reside substancialmente na garantia fundamental do réu de conter o abuso estatal na aplicação da jurisdição penal. Para ele, o réu é reconhecido como o lado mais fraco da relação jurídica processual, devendo ser cercado de amplas garantias fundamentais para fazer frente ao poder estatal de punir. Nos termos preconizados pelo autor:

Trata-se de limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente) cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem o absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sócio-políticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário (pois é ele o sujeito passivo, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal)⁵⁰.

No mesmo sentido, de enxergar o processo penal como instrumento de defesa do réu, e essa parece ser a tese que vem prevalecendo no cenário jurídico brasileiro, Paulo Rangel observa que o processo assume a função de efetivação das garantias constitucionais do cidadão. É uma segurança para o acusado da prática de um crime, assegurando todos os mecanismos de proteção contra os atos arbitrários praticados pelo Estado. Isso significa que a investigação e o processo são meios de defesa do indivíduo e não instrumentos de aplicação da pena. Assevera o doutrinador fluminense ante o fracasso do Direito Penal nasce a pretensão processual penal com o objetivo de não só aplicar as sanções descritas nas normas

⁵⁰ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.27.

penais violadas, mas, primordialmente, assegurar ao indivíduo-acusado os direitos previstos na Constituição de seu País.⁵¹

No mesmo sentido da doutrina esposada acima, Adauto Suannes ensina que o processo penal é dado à disposição de quem precisa, ao violador da norma penal, o réu, pois somente através do processo pode-se chegar à pena.⁵²

Dentro desse mesmo modo de encarar o processo penal, Antônio Machado põe em relevo as garantias do réu contra a persecução penal estatal. Nesse sentido, o Estado aparece como inimigo mortal dos direitos fundamentais, que age sempre com abuso e tirania. Por isso, em razão dessa visão pessimista de poder, o autor preconiza que funciona o processo penal como uma espécie de anteparo do indivíduo contra a ação persecutória do Estado.⁵³

Sendo assim, para esse setor da doutrina, o processo penal configura um meio criado a favor do réu. É essa a sua base de legitimação. A instrumentalidade do processo penal, segundo essa concepção, reside na constatação de que o réu é o mais débil, frente a um Estado forte e opressor, e que, por essa razão, o processo penal é muito mais um meio de salvaguarda dos direitos fundamentais daquele do que propriamente um meio de efetivação da pena ao agressor. Como se nota, para essa corrente, privilegia-se, sobretudo, a figura do acusado.

O objetivo do processo penal acaba sendo, portanto, o de maximizar os direitos fundamentais do réu. A finalidade do processo é antes e acima de tudo, assegurar ao acusado a preservação de sua liberdade e a manutenção do seu estado de inocência, até o momento em que o Estado demonstre, pelo órgão responsável, a necessidade de cercear a liberdade.

É fácil observar que essa concepção do processo penal deita raiz no Estado Liberal, em que, na visão de Scarance:

⁵¹ RANGEL, Paulo Rangel. *Reflexões Teóricas sobre o Processo Penal e a Violência Urbana, uma abordagem crítica construtiva à Luz da Constituição*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.p.74

⁵² SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 199, p. 158.

⁵³ MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 48.

no centro da consideração está agora o indivíduo autônomo, dotado com os seus direitos naturais originários e inalienáveis. Do que se trata no processo penal é uma oposição de interesse (portanto de uma lide, disputa ou controvérsia) entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas de sua liberdade. Por seu lado, a lide, para que seja “fair”, supõe a utilização de armas e a disponibilidade, pelos contendores, de meios tanto quanto possíveis iguais; por isso, o indivíduo não pode ser abandonado ao poder do Estado, antes tem de surgir como verdadeiro sujeito de processo, armado com o seu direito de defesa e com as suas garantias individuais.⁵⁴

Referida leitura do processo penal, que realça a sua instrumentalidade de garantia fundamental do réu contra os abusos do Estado, se alinha à perspectiva que põe em relevo a função dos direitos fundamentais como direitos negativos em face do Estado, visualizando-se, assim, o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais do acusado.⁵⁵

Para essa linha de pensamento, que, repise-se, parece ser a predominante no meio acadêmico, o processo penal não pode ser visto como instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão o que desempenha o papel de garantidor da liberdade do indivíduo e limitador do poder. Essa forma de observar o processo penal coloca em evidência a função clássica dos direitos fundamentais do ponto de vista subjetivo, como verdadeira barreira erigida contra ações estatais arbitrárias. O processo penal, segundo essa concepção dos direitos fundamentais, ostenta a natureza de instrumento a serviço da defesa do réu.

Consoante já se verificou, os direitos fundamentais, como liberdades negativas, expressam escudos de proteção contra o Estado, considerado inimigo do cidadão. Dentro desse paradigma do tipo liberal-individualista, o processo penal tem por função proteger o indivíduo frente ao poder punitivo do Estado. Servindo como meio de fazer valer os direitos fundamentais do réu. Essa é a tarefa primordial do processo.

Nesse sentido, como bem coloca Lenio Streck, é importante que se diga que não se coloca em dúvida a importância do processo penal como instrumento de contenção do Estado. Com efeito, há à disposição do acusado uma gama de

⁵⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 17.

⁵⁵ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.7

garantias penais e processuais que recebem a sua materialização a partir dos procedimentos disponibilizados no âmbito do processo. São direitos fundamentais que foram conquistados com muito esforço e dedicação. São conquistas da civilização, direitos inalienáveis e irrenunciáveis, previstos tanto no âmbito das normas internacionais quanto no seara do direito interno.⁵⁶

Entretanto, em que pese referida tese ser essencial para um processo penal ético e democrático, ela não leva em devida conta o outro lado dos direitos fundamentais, qual seja, o processo penal visto como um instrumento estatal de proteção dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade agredidos por comportamentos provenientes de atos delituosos.

3.1.2 Processo Penal e perspectiva objetiva dos direitos fundamentais: o processo como instrumento de proteção da vítima e da comunidade

A partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que vê o Estado como protetor dos direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que o processo penal serve, simultaneamente, para limitar o poder de punir e para combater o crime. Protege, assim, o indivíduo acusado da prática de delito contra a repressão estatal materializada no processo penal, e, igualmente, a vítima e a sociedade dos abusos do indivíduo.

Perante esse prisma da dupla função do processo penal, tem-se como inevitável, que a postura teórica que o defende, exclusivamente, como instrumento de proteção do réu, menospreza o outro lado não menos importante do conflito, que é o do processo penal como meio de salvaguarda vítima e da sociedade.

Com efeito, embora acertada a tese do processo penal como limitação ao poder punitivo do Estado, esse posicionamento doutrinário deixa de levar, em devida

⁵⁶ STRECK, Lenio. *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?”* Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em 20 de março de 2009.

consideração, que o cidadão ofendido pelo crime tem o direito de ter os seus direitos fundamentais protegidos em face da violência de outros indivíduos.⁵⁷

O processo penal, a partir da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, cuida apenas de um dos lados do conflito: o lado do réu. Não obstante o réu ser um dos protagonistas no cenário processual penal, titular de um amplo espectro de direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal, não se pode olvidar a importância desse mesmo processo penal sob a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais como instrumento de proteção da vítima e da sociedade, ou seja, o lado do ofendido.

Como já perfeitamente anotado, se o Estado detém o monopólio do poder de punir, sendo um ramo do direito de coerção indireta, é dever dos organismos estatais criar mecanismos processuais adequados e eficazes para uma justa proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos agredidos pelo crime perpetrados por outros cidadãos. Dito de outra forma, o Estado, ao suprimir a justiça privada, assumiu o compromisso contratual de não deixar desprotegido os direitos fundamentais da vítima e da sociedade afetados pela prática de um ilícito penal. Verifica-se, assim, que passar ao largo dessa perspectiva de proteção do Estado, é querer dar uma visão distorcida e unilateral dos direitos fundamentais.

É preciso enfatizar que com essa proposta de instrumentalização do processo penal, agora como garantia protetiva da vítima e da sociedade, não se está a propor a relativização pura e simples dos seus direitos fundamentais do réu. O que se pretende é trazer à superfície os direitos fundamentais do lado esquecido do conflito materializado no processo penal: os direitos da vítima e da sociedade, sujeitos titulares de direitos fundamentais, assim como o réu. Afinal de contas, a liberdade individual é realizada dentro de uma condição comunitária, em que

⁵⁷ STRECK, Lenio. *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?”* Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em 20 de março de 2009.

prevaleça a vinculação do indivíduo ao grupo social, dentro de uma relação de dependência recíproca.⁵⁸

Assim sendo, a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, há que se ter em mente, como parâmetro interpretativo, que no âmbito do processo penal é necessário que o intérprete realize o devido equilíbrio entre os direitos fundamentais, de um lado, do réu, e, de outro, da vítima e da sociedade.

Desse modo, com a ótica do processo como função de proteção da vítima e da coletividade, não há como defender qualquer princípio de supremacia dos interesses do réu sobre os interesses da vítima ou vice-versa. Nesse novo viés, os interesses contrapostos devem ser equilibrados de forma a que ambos sejam atendidos dentro das suas condições fáticas e jurídicas. Em outras palavras, um processo penal afinado com as múltiplas perspectivas dos direitos fundamentais é um processo penal de proteção integral dos direitos fundamentais: proteção do indivíduo-réu e do indivíduo-vítima e da sociedade.

Assim sendo, a instrumentalidade do processo penal em conformidade com a dupla perspectiva dos direitos fundamentais é, portanto, *bifronte*. Deve ser entendido, assim, tanto como meio de salvaguarda do réu quanto instrumento de tutela do ofendido pelo crime. Essa sim é a sua verdadeira base de legitimação constitucional. Um processo penal de proteção integral dos direitos fundamentais de ambos os lados envolvidos no crime.

Em verdade, observa-se que o processo penal em consonância com a instrumentalidade bifronte de proteção integral dos direitos fundamentais, tem o importante papel de redescobrir o sujeito passivo agredido pelo crime. De fato, se do ponto de vista teórico e mesmo prático, os direitos e as garantias fundamentais do réu encontram uma sólida base de afirmação, quanto aos direitos fundamentais da vítima e da sociedade, o mesmo não ocorre. Apenas para exemplificar, Paulo Bonavides, o nosso maior constitucionalista, ao analisar as relações entre a

⁵⁸ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 87.

constituição e o processo penal, demonstra apenas nítida preocupação com as liberdades pessoais do réu, sem fazer qualquer alusão à proteção integral.⁵⁹

Encontra-se, assim, de fato, no plano da doutrina nacional e, por conseqüência, na prática forense criminal, um total esquecimento dos direitos fundamentais do ofendido, em que, além de sofrer com a ineficiência do direito penal, que foi incapaz de impedir a transgressão do bem jurídico, padece ainda mais, com a ineficiência do processo penal, gerada pela falta de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e em tempo razoável.

O processo penal, não se pode negar, também gera angústia para a vítima, para a sua família e para a sociedade, e não somente para o réu, como quer fazer nos acreditar os seguidores da tese que o vê como instrumento exclusivo de proteção do réu. A total abstração do lado passivo do crime, operada pela monopolização da Justiça Penal e pela a influência da matriz liberal-burguesa sobre a função dos direitos fundamentais, ignora que a real existência da vítima e da sociedade, que também são titulares de direitos fundamentais.

Entretanto, sob o enfoque da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, o processo penal não pode mais ser analisado tão-somente pelo lado do réu. O processo também deve ser visto a partir do agredido. A exclusividade estatal na aplicação do Direito Penal através do processo penal reconhece ao particular ofendido pelo delito o direito processual de pedir ao tribunal que inicie a averiguação do delito e a persecução do seu autor.⁶⁰

Nessa perspectiva do processo penal como instrumento de efetivação da proteção jurídico-penal da vítima e da sociedade, afinada com a perspectiva objetiva, se passa a assegurar no âmbito do devido processo, o direito fundamental de que a causa seja julgada em tempo justo e razoável, e a pena, em caso de decisão condenatória, efetivamente aplicada. Essa é a lição de Luciano Feldens que merece se transcrita:

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46.

⁶⁰ Nesse sentido, MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal - una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 22.

a interpretação dos princípios e garantias deve-se realizar na integralidade da relação jurídica envolvida pelo Direito Penal, abrangendo o plano processual. O direito à tutela judicial efetiva, por exemplo, pressupõe que a atividade jurisdicional inclua, em seu norte de atuação, o direito do titular do direito fundamental lesado de ver a causa pena julgada em tempo razoável e de que, na hipótese de decisão condenatória, seja a sanção efetivamente implementada.⁶¹

Como se vê, conquanto tenha surgido historicamente no intuito de limitar a atuação do *jus puniendi*, esse modelo não mais se compatibiliza com o ideal do Estado Democrático de Direito, que prevê ações protetivas em favor dos cidadãos contra agressões de particulares. Imprescindível, então, como bem alerta Gerson Marques, garantir o conteúdo de todas as categorias de direitos fundamentais⁶², pois, conforme anota outro autor de peso, no Estado-de-direito social:

a relação comunidade-pessoa individual não é aqui nem a do absolutismo nem a do liberalismo; onde no processo penal desempenhar-se-á, antes de tudo, uma função comunitária, será ele próprio uma parte da ordenação comunitária. No processo penal se trata primariamente de um assunto da comunidade jurídica, em nome e no interesse do qual se tem de esclarecer, perseguir e punir o crime e o criminoso. Disso tudo extrai-se que o processo não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país⁶³.

Assim sendo, o novo Estado Democrático de Direito impõe um redimensionamento do papel do direito penal e do processo penal, a partir da constatação de que esse novo modelo impõe uma função transformadora para o Direito, ao reclamar uma intervenção protetiva da Sociedade, via sistema penal. Compreende-se, nesses termos, que há para esse tipo de Estado, nas argutas palavras de George Marlmestein, o dever de proteger os direitos fundamentais, impedindo a sua violação por quem quer que seja, incluindo, inclusive, o dever de criminalizar e punir as violações aos direitos fundamentais.⁶⁴

Nesse turno, tem-se que o processo penal não pode escapar a esse paradigma estatal. A noção, portanto, de que o Estado é mau e opressor, e que o

⁶¹ 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, p. 53.

⁶² MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos Constitucionais do Processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 35.

⁶³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3 ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 17.

⁶⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 421.

processo penal teria a função de proteger o réu dessa opressão, não mais se sustenta, pois esse antigo modelo liberal-individualista, segundo Lenio Streck, são daqueles penalistas que:

Continuam, pois, a pensar o Direito a partir da idéia 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 – que aqui denominamos de liberais-iluministas -, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora – continuam a falar na mítica figura do Leviatã, repristinando – para nos de forma equivocada – a dicotomia Estado-Sociedade.⁶⁵

Com notável maestria sobre a correlação que deve existir entre a forma do Estado Democrático de Direito, o direito penal e o processo penal, Lenio Streck e Luciano Feldens asseveram inicialmente que o Direito, incluindo o Direito Penal, não se imuniza aos saltos paradigmáticos do Estado. O perfil intervencionista que caracteriza o Estado Democrático de Direito aponta para um Direito não apenas ordenador - próprio do modelo de Estado Liberal -, mas potencialmente como transformador da realidade. O Estado Democrático de Direito representa, assim, um *plus* normativo em relação às fases anteriores (Estado Liberal e Social), ao ser agregada à função de agente transformador da Sociedade. Dentro dessa nova postura estatal, que configura uma espécie de revolução copernicana, a significar uma mudança de postura inicialmente inerte para uma intervenção protetiva aos direitos fundamentais, afirmam os autores que o Direito Penal, deve direcionar as suas baterias para a proteção de bens jurídicos de índole transindividual. Segundo os autores:

[...] deve o Estado, paralelamente à atividade que tradicionalmente vem desempenhar em face de condutas que atentam que atentam diretamente contra a vida e a dignidade humana, priorizar o combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República, inscrevendo-se nesse rol, dentre outros, os crimes de sonegação fiscal, os crimes contra o sistema financeiro nacional, a corrupção, a lavagem de dinheiro e os delitos contra o meio ambiente.⁶⁶

Nesse sentido, essa nova postura do Estado traduz a necessidade de se redimensionar a noção de que o Direito Penal é sempre um mal. O direito penal, diz

⁶⁵ STRECK, Lenio; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 28.

⁶⁶ ob. cit., p.5.

o autor, e adicionaríamos, o processo penal, instrumento indispensável para a sua efetivação, também devem ser vistos como instrumentos de proteção do agredido.

Por essa razão, pode-se dizer que também é função do processo penal:

a proteção dos direitos fundamentais dos “não desviantes”, diga-se, da sociedade naqueles casos incontestes em que a liberdade do réu colocar em risco os direitos fundamentais da vítima ou de outros membros da sociedade.⁶⁷

Dessa forma, seguindo doutrina autorizada, o dever de proteção penal se coloca para o Estado nas três esferas de poder:⁶⁸

No âmbito do Poder Legislativo, o dever de proteção penal apresenta-se como decorrência da obrigatoriedade de edição lei formal para a criação de crimes e de penas, amplamente conhecido na doutrina como princípio da legalidade penal (art. 5º, inc.XXXIX, CF), diante do qual assume uma dupla obrigação: a) editar as leis ainda não existentes com vistas a suprir os mandamentos constitucionais de criminalização; b) de mantê-las dentro de um padrão mínimo de proteção do direito fundamental.⁶⁹

Esse dever de proteção legislativa, ao descortinar a presença, na Constituição Federal, de mandados expressos e implícitos de criminalização, e diante da garantia de exclusividade processual do Direito Penal, há de se ter presente que o dever de proteção jurídico-penal atinge também o processo penal, pois não faz sentido defender o direito de proteção na esfera do direito material e não fazer o mesmo na esfera processual, único local de sua aplicação. Dessa forma, os mandados de criminalização que instituem os deveres de proteção penal não têm seus efeitos exauridos com a legislação penal material. A sua eficácia vai mais além, abrangendo a prática jurídica em geral.

⁶⁷ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública*. (In) MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Acesso à Justiça & Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 254.

⁶⁸ 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, pp. 79-80.

⁶⁹ Esse item b) trata do princípio da proibição da proteção deficiente. No capítulo III, referido item será desenvolvido com maior profundidade.

Diante disso, Feldens quer dizer que o dever de proteção penal abrange o âmbito do processo penal, no sentido de que também o cidadão, que não se veja envolvido como acusado, é titular de direitos fundamentais à proteção jurídico-penal.⁷⁰

O dever de proteção penal obriga, assim, o Poder Legislativo à edição de leis processuais que possibilitem a entrega de um pronunciamento judicial efetivo e em tempo razoável, fazendo com que a sentença penal, em caso de condenação, seja devidamente cumprida. De fato, para que o Poder Judiciário cumpra o seu encargo de proteção jurídico-penal através do processo penal, é imprescindível prévia disposição normativa, e que acima de tudo, essa legislação processual albergue os meios adequados e eficazes para a correta aplicação da lei penal.

Visto isso, editada a obrigatória normatividade penal, surge, por conseguinte, a obrigação constitucional do *Poder Executivo*, por intermédio do seu aparato policial, intervir na defesa dos direitos fundamentais ameaçados e/ou atacados por condutas tipificadas na lei penal.

Esse dever de proteção penal relativo ao Executivo, fundamenta um direito fundamental associado ao dever expresso de segurança imposto ao Estado, sendo incumbência dessa esfera de Poder, verificada a ocorrência do fato delituoso, realizar a devida investigação para elucidar os fatos, oportunizando, em tempo razoável, as condições para devida apreciação pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.⁷¹

Nesse diapasão, o inquérito policial deve ser encarado como direito fundamental da vítima e da sociedade, tendo em vista ser o instrumento responsável pela colheita preliminar das provas que servirão de embasamento à denúncia. O Executivo encontra-se, assim, obrigado a instaurar o devido procedimento investigativo para elucidar devidamente os fatos delituosos, envidando todos os

⁷⁰ 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, 2008, p. 80.

⁷¹ ob.cit., p.80.

esforços para levar ao titular da ação penal o material probatório deflagrar o início do processo penal.

Todavia, as normas constitucionais que instituem deveres de proteção penal não têm os seus efeitos satisfeitos com a interposição legislativa. Tão importante quanto à edição da norma é a influência que a Constituição deve exercer sobre a prática jurídica em geral.⁷²

Nesse passo, no que tange ao Poder Judiciário, o dever de proteção penal centra-se, primordialmente, na entrega da tutela judicial efetiva, consistente na apreciação da causa penal em tempo razoável e, em sendo o caso, a punição do agressor. Segundo essa perspectiva de proteção judicial, o Estado é responsável pela criação de órgãos judiciários e de processos adequados para evitar a denegação de justiça, pois *“el único que tiene derecho a imponer penas es el Estado, y para el no se trata de un verdadero derecho, sino de un deber que há de cumplirse conforme ao principio de legalidad y sin intervencióm de discrecionalidad alguna.”*⁷³

Quanto a essa espécie de proteção estatal, Canotilho afirma que o direito à proteção judicial aparece sob uma dupla dimensão: (1) um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros.⁷⁴

Percebe-se da lição do constitucionalista português, que esse dever de proteção estatal impõe aos órgãos judiciais, a tutela do particular ofendido em seus direitos por violações de terceiros.

Sem dúvida que quanto a esse modo de proteção, o processo penal ocupa um lugar de destaque, tendo em vista que operacionaliza o Direito Penal,

⁷² 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, 2008, p.52.

⁷³ MONTERO AROCA, Juan. *Princípios del proceso penal - una explicación baseada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.22.

⁷⁴ CANOTILHO, JJ GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 496.

ramo responsável pela salvaguarda dos bens jurídicos mais importantes da sociedade. Transparece, assim, o processo penal na faceta de direito fundamental à proteção estatal judicial, referente ao dever do juiz de garantir os direitos fundamentais da vítima e da sociedade.

O juiz, portanto, torna-se o agente responsável pela satisfação conjunta dos direitos envolvidos no conflito penal: direitos do réu e do ofendido. Dito de outro modo: em razão do monopólio da força física por parte do Estado, o Poder Judiciário assume o compromisso e o dever de manter a paz social e o direito à segurança das vítimas e da sociedade através do processo penal.

Diante desse panorama, Feldens:

A interpretação dos princípios e garantias deve-se realizar na integralidade da relação jurídica envolvida no Direito Penal, abrangendo o plano processual. O direito à tutela judicial efetiva, por exemplo, pressupõe que a atividade jurisdicional inclua, em seu norte de atuação, o direito do titular do direito fundamental lesado de ver a causa julgada em tempo razoável e de que, na hipótese de decisão condenatória, seja a sanção efetivamente implementada.⁷⁵

De todo o exposto, sobre como o dever de proteção penal se coloca para os Poderes Legislativo, Executivo e para o Judiciário, sobressai a necessidade de refletir que, a partir do instante em que se tornou vedada a aplicação do Direito Penal fora do processo (*nulla poena sine iudicio*), foi necessário munir o processo penal de mecanismos adequados e suficientes para uma devida consecução do seu dever de tutela para o lado passivo do crime.

Ora, sendo o dever de proteção penal, decorrência da própria Constituição Federal, consubstanciado na doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na cláusula do Estado Democrático de Direito e no direito fundamental à segurança, tem-se como inexorável a constatação de que também o processo penal é direito fundamental do cidadão ofendido à tutela judicial.

⁷⁵ 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, 2008, p. 53.

Verifica-se, pois, que o processo penal deixa de ser apenas limite à intervenção do poder punitivo estatal, para assumir uma posição de instrumento protetor dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade, sendo dever do juiz penal estar atento a essa dimensão processual do dever de proteção penal, principalmente quando em jogo bem jurídico de magnitude constitucional como é o caso, por exemplo, da vida, pois como salientam Gilmar Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco:

A vida humana impoe medidas radicais de proteção. Não há outro meio eficaz, a tipificação penal é inescapável. A proteção do direito à vida reclama o direito penal e o processo penal, a lançar mãos dos instrumentos de direito penal.⁷⁶

3.1.3 Síntese conclusiva: o processo penal como instrumento de proteção integral do réu, da vítima e da sociedade

Bem compreendidas as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e a sua relação com o processo penal, pode-se, na esteira do que preconiza Scarance Fernandes, responder que a finalidade do processo penal pode ser decomposta em três correntes: a) a primeira, diz que o processo tem a finalidade de assegurar o direito de defesa do acusado, em clara alusão ao processo como direito fundamental negativo (perspectiva subjetiva); b) a segunda, doutrina que o fim do processo penal é permitir ao Estado a apuração da verdade e a punição do criminoso; c) a terceira, defende que a finalidade é a obtenção de um resultado justo que se legitime pelo procedimento adequado.⁷⁷ Dentro desses aspectos, parece que a teoria que mais se alinha com a necessidade de contemplar ambas as perspectivas fundamentais, está na terceira posição esposada.

Com efeito, o processo penal, para atender integralmente os direitos fundamentais dos envolvidos no conflito penal (réu e vítima), deve ser concebido como um meio que satisfaça ambos os interesses, que implica em tanto garantir a defesa do acusado, quanto garantir a persecução criminal em tempo razoável para, em caso de condenação, aplicar efetivamente a pena disposta na sentença.

⁷⁶ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 400.

⁷⁷ FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Galvão de; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008, p. 10.

Implica dizer, assim, que o processo penal não pode ser mais visto sob apenas um enfoque, uma única via de direção. Tanto a visão do processo como meio proteção do réu, ou ainda, como somente instrumento de aplicação da pena, não realiza o cumprimento integral dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Somente a proteção integral dos direitos fundamentais pode realizar as normas constitucionais e com o novo papel do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, são dois os componentes indissociáveis do processo penal: *como protetor da liberdade individual e como preservador dos interesses individuais da vítima e sociais do grupo*. De um lado, portanto, o processo serve como instrumento de garantia da liberdade do réu e, por outro, como instrumento para a consecução do direito à segurança, dever do Estado consubstanciado na tarefa de garantir proteção às pessoas e seus patrimônios.

Desta forma, são dois os direitos fundamentais que interessam ao processo como instrumento de proteção integral: direito à liberdade e direito à segurança, ambos previstos no art. 5º, CF. Os indivíduos têm, assim, o direito a um processo penal que garanta, ao mesmo tempo, proteção da liberdade e a segurança, no sentido de que o Estado resta obrigado à criação de procedimentos e práticas jurídicas processuais adequadas e eficazes para se alcançar um resultado justo, que proporcione integralmente os interesses dos acusados e das vítimas. Fora dessa sistemática, o processo penal se afasta da Constituição Federal.

Em suma, nem o processo penal máximo como meio de defesa do réu, nem processo mínimo em garantir os direitos do réu. O processo penal, compatível com a totalidade dos direitos fundamentais, reside no equilíbrio e na proteção integral dos direitos do réu, da vítima e da sociedade. A virtude desse novo paradigma está na busca pela harmonia entre os direitos fundamentais da liberdade e da segurança. Processo penal integral é aquele que tenha como objetivo a garantia da coexistência harmônica entre os direitos da defesa (proteção negativa) e os direitos da vítima e da sociedade (proteção positiva).

3.2 Teoria do garantismo penal à luz das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. O processo penal rumo a um garantismo integral

A incidência das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais no processo penal, ainda abre espaço para uma discussão e um redimensionamento importante do que se deve entender por garantismo. A influência dessas perspectivas consoante acima tratadas vão desaguar em uma nova roupagem da teoria garantista.

Por essa razão, faz-se indispensável tecer alguns comentários sobre o que até então vinha se denominando como garantismo, e, após tais referências, demonstrar que esse modo de encará-lo, chamado de garantismo negativo, baseia-se apenas em uma determinada concepção dos direitos fundamentais, o que, ao final, se mostrará como uma teoria que não é adequada para delinear a verdadeira função do processo penal.

3.2.1 - A teoria do garantismo negativo e a influência de Luigi Ferrajoli no processo penal brasileiro. Breve exposição da teoria esboçada em *Direito e Razão*

A teoria do garantismo penal negativo foi esboçada em 1989 pelo italiano Luigi Ferrajoli, em sua já festejada e aclamada obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, com tradução para o português desde 2002.⁷⁸

Magistrado aposentado da justiça italiana e professor universitário, Ferrajoli foi um dos expoentes do chamado movimento “Jurisprudência Alternativa”. Surgido em meados de 1964, no seio da Associação dos Magistrados Italianos, apesar de nunca ter se constituído em uma organização político-ideológica, motivo pelo qual sempre se defendeu a existência de uma escola e não de um movimento, a “Jurisprudência Alternativa” tem como princípio reitor a interpretação da lei conforme as diretrizes constitucionais⁷⁹. Para ilustrar, o vínculo de Luigi Ferrajoli com

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002.

⁷⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

o Movimento e a substância do que pretendiam ficou bem estabelecido na seguinte passagem:

A interpretação judicial da lei é também um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os Direitos Fundamentais por elas estabelecidos. Era isto, e não outra coisa – diga-se de passagem – o que entendíamos há vinte anos com a expressão “jurisprudência alternativa”, em torno da qual tantos equívocos surgiram: interpretação da lei conforme a Constituição e, quando a contradição é insanável, dever do juiz de declarar a invalidade constitucional.⁸⁰

O Movimento da “Jurisprudência Alternativa”, em suma, criticava as práticas judiciárias arrimadas somente na letra da lei, sem qualquer exame mais aprofundado do seu conteúdo intrínseco, ou seja, sem observar a compatibilidade da norma com o fundamento de validade do sistema (a Constituição). Nesses termos, pode-se considerar que a “Jurisprudência alternativa” representou uma crítica à legalidade.

Conforme anota Salo de Carvalho, a teoria do garantismo penal de Ferrajoli foi a que melhor demonstrou capacidade de atender os objetivos da práxis alternativa penal, envolvida que é com a efetividade dos direitos fundamentais. Nessa linha, o garantismo penal é o substrato teórico que serve de fundamentação à execução dos anseios perseguidos pelo movimento alternativo, que é a defesa e a liberdade dos cidadãos contra o exercício do poder arbitrário.⁸¹

Compromissada com o ideal de limitação do poder, a teoria do garantismo de Ferrajoli tem como característica principal a *centralidade* da pessoa humana. A partir do substrato teórico do liberalismo, a visão garantista de Ferrajoli é construída tendo como fundamento primeiro a limitação do poder estatal em prol da liberdade do indivíduo.

No campo do direito e do processo penal, a teoria garantista negativa se baseia na restrição do poder e na ampliação da esfera de direitos do acusado. Pode

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *O direito como um sistema de garantias*, in O Novo em Direito e Política, Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998, p. 101.

⁸¹ Prefácio de Salo de Carvalho em CARVALHO, Amilton Bueno. *Garantismo Penal Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. XVII.

ser definido como um conjunto de princípios que têm por objetivo a contenção do direito de punir e na maximização dos direitos fundamentais do réu. A preocupação central do reside no mais débil, o réu, sendo o Estado visto com pessimismo. O garantismo idealizado pelo professor italiano é uma teoria fundamentada na minimização do direito penal por intermédio de um amplo sistema de garantias penais e processuais que condicionam o exercício do *jus puniendi*.

Com base nessa finalidade, Luigi Ferrajoli estrutura a sua teoria do garantismo penal em onze princípios necessários e sucessivos para a legitimidade do direito penal. São axiomas indispensáveis e irrenunciáveis, sendo que a ausência de qualquer um deles torna o exercício do direito de punir arbitrário e ilegítimo. Destarte, somente com o atendimento das implicações deontológicas do modelo garantista é que o sistema estará autorizado a emitir um juízo condenatório.⁸² Veja-se o que diz o próprio Ferrajoli a esse respeito:

cada uma das implicações deontológicas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir.⁸³

Em essência, conforme assenta Ferrajoli, esses princípios são formulados como proposições de implicação ou condicionais, de tal forma que designam as condições necessárias para a responsabilidade penal do réu: *a pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo acusação, prova e defesa*.⁸⁴ Para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação de pena faz-se imprescindível o preenchimento de todas essas condições, consideradas por Ferrajoli de garantias jurídicas *sine qua non*.

Segundo esses princípios limitativos acima alinhados, um modelo garantista criado nos moldes preconizados por Ferrajoli, não admite a imputação de

⁸² ROSA, Alexandre Morais da Rosa; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em busca de uma Criminologia da Não Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002, p. 74.

⁸⁴ ob.cit.,p. 73.

pena sem que tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, capaz de gerar danos a terceiros, caracterizado pela exterioridade da ação, imputabilidade e culpabilidade do autor, comprovado por uma acusação imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos estabelecidos previamente em lei.

Desenvolvendo o seu modelo, Ferrajoli divide os princípios em dois planos: as chamadas *garantias penais* e as *garantias processuais*. As primeiras, que têm por função deslegitimar o exercício abusivo do direito de punir, são: a pena, o delito, a lei, a necessidade, a ofensa, a ação, a culpabilidade. As garantias processuais, por sua vez, constituem-se na presença da jurisdição, na existência de uma acusação separada da figura do juiz, a prova e a defesa.

Após enunciar as garantias jurídicas do seu sistema, Ferrajoli faz o devido alerta de que a presença dessas garantias, denominadas também de implicações deontológicas, não implica em considerar que esteja permitido ou obrigatório punir, “*mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir*”.⁸⁵

Com base nesses axiomas, Ferrajoli idealiza o seu sistema garantista SG, também denominado garantista, cognitivo ou de legalidade estrita, em dez princípios axiológicos fundamentais. São eles: **A1** – nulla poena sine crimine; **A2** – Nullum Crimen sine lege; **A3** – Nulla lex (poenalis) sine necessitate; **A4** – Nulla necessitas sine injuria; **A5** – Nulla injuria sine actione; **A6** – Nulla actio sine culpa; **A7** – Nulla culpa sine iudicio; **A8** – Nullum iudicium sine accusatione; **A9** – Nulla accusatio sine probatione; **A10** – Nulla probatio sine defensione.

Para Ferrajoli, os axiomas A1, A2 e A3 respondem às perguntas “*quando e como punir*”, os princípios A4, A5 e A6 respondem às perguntas “*quando e como proibir*”, os princípios garantistas relativos ao processo A7, A8, A9 e A10 respondem às perguntas “*quando e como julgar*”.⁸⁶

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002, p. 74.

⁸⁶ ob.cit., p. 75.

É de se destacar que a garantia da pena resta ausente nos dez axiomas do sistema SG, uma vez que configura apenas uma possibilidade ao final do processo, e não como uma condição necessária para o sistema garantista.

Ferrajoli denomina esses princípios: princípio da retributividade, princípio da legalidade, princípio da necessidade, princípio da lesividade, princípio da materialidade ou exterioridade da ação, princípio da culpabilidade ou da responsabilidade; princípio da jurisdicionalidade, princípio acusatório, princípio do ônus da prova ou da verificação e princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. Vê-se, portanto, que são princípios de limitação do poder penal, todos já praticamente incorporados às constituições e às codificações legais, convertendo-se em princípios do moderno Estado de Direito.

Menciona-se, ainda, seguindo os passos da obra monumental de Ferrajoli, que a maior ou menor observância dos princípios axiomáticos do sistema SG indicará a existência de um modelo de direito penal máximo ou mínimo. Enquanto que para este último, o risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado, pois “*nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune*”, para o direito penal máximo (antigarantista), a certeza deve impedir que “nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido”.⁸⁷

O sistema garantista apresenta-se assim como “*condições, limites ou proibições que identificamos como as garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal*”, correspondendo ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao poder punitivo.⁸⁸

Esses princípios correspondem às regras do jogo no conflito penal, configurando um modelo de direito penal amparado no Estado de Direito, em que o poder encontra-se rigidamente limitado e vinculado à lei. O modelo garantista de Ferrajoli pretende instrumentalizar um paradigma de racionalidade do sistema penal,

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002, pp 84-85.

⁸⁸ ob. cit., p. 83.

no intuito de limitar o poder punitivo e garantir os direitos fundamentais contra a violência pública e a privada.

Elaborados, sobretudo, pelo pensamento liberal dos séculos XVII e XVIII, esses dez axiomas são as regras fundamentais do direito penal. Servem como instrumento de avaliação dos sistemas penais, pois permitem examinar se o modelo de persecução criminal de cada nação se enquadra ou não dentro do modelo ideal garantista ou de responsabilidade penal proposto por Ferrajoli.

O garantismo de Ferrajoli é, assim, um modelo de ideal de direito que confere racionalidade, justiça e legitimidade à intervenção punitiva⁸⁹. Trata-se de um sistema ancorado na tradição liberal de proteção do indivíduo contra o inimigo estatal, isto é, na limitação do direito de punir estatal⁹⁰. Como se vê, as suas garantias penais e processuais compõem um escudo de proteção do réu com a finalidade de reduzir ao máximo os possíveis abusos do Estado e a aflição de pena.

Vê-se, portanto, que é um sistema que preconiza a mínima intervenção penal com as máximas garantias penais e processuais⁹¹. É uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, como instrumento de defesa dos direitos fundamentais. Nas penas de Paulo Queiroz, Ferrajoli vê o direito penal “[...] como um sistema de garantias (conforme a tradição clássica) do cidadão perante o arbítrio realizável pelo Estado ou pelos próprios indivíduos”.⁹²

Segundo o sistema garantista, o protagonista do processo penal é o réu, o lado mais fraco, isto é, o sujeito débil da relação processual, que deve ser protegido amplamente por um conjunto de garantias contra o arbítrio do Estado. Sobre essa centralidade do réu no esquema teórico garantista, Salo de Carvalho, um dos seus grandes defensores em terras brasileiras, chega a afirmar que a única justificativa do

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002, p. 693.

⁹⁰ BIZZOTO, Alexandre. *A Inversão Ideológica do Discurso Garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen, 2009, p.76.

⁹¹ GOMES, Luis Flávio; MOLINA, García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: v.1, Introdução e Princípios Fundamentais*. São Paulo, RT, 2007, p. 456.

⁹² QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59.

direito penal materializado pelo processo penal é a proteção do mais fraco – o réu, e não a defesa genérica da sociedade ou da vítima:

o paradigma garantista assume como única justificativa do direito penal a sua função de lei do mais fraco, em alternativa a lei do mais forte que vigoraria na sua ausência: não, portanto, genericamente, a defesa da sociedade, mas a defesa do mais fraco, que no momento do crime é a parte ofendida, no momento do processo o réu, e no momento da execução penal o condenado.⁹³

Nesses termos, o garantismo penal diz que a função do direito processo penal é a prevenção de futuros delitos, mas sim a prevenção de castigos injustos. O objetivo do direito penal, segundo Ferrajoli, não é proteger a comunidade, senão o infrator de reações informais arbitrárias, selvagem, violentas cometidas pelas vítimas ou pela comunidade. Mais uma vez Salo de Carvalho nos diz que:

Desde este ponto de vista, a pena apresentar-se-ia como guardiã do direito do infrator em não ser punido senão (razoavelmente) pelo Estado, redimensionando a função do direito e do processo penal, não mais direcionado à tutela social, mas à proteção da pessoa que se encontra em situação de violência privada – momento da lesão interindividual – e/ou pública – plano institucional. Impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, bem como o excesso punitivo do Estado, seria o escopo deste novo modelo de direito.⁹⁴

O garantismo tem, assim, duas funções: evitar a vingança privada (abusiva e espúria), os castigos ilegais, e também proteger os direitos fundamentais do mais fraco, que, no momento do processo, é o réu. O direito penal mínimo sob a ótica de Ferrajoli possui dois objetivos distintos e concorrentes, que são o de proporcionar o máximo de bem-estar possível dos não-desviantes e o mínimo de mal-estar dos desviantes, dentro do objetivo da máxima tutela dos direitos fundamentais de todos, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade.⁹⁵

Ainda sobre o projeto de Ferrajoli, não se pode esquecer que essa concepção, além de defender o direito penal mínimo, acrescenta que esse mínimo somente será legítimo quando ineficazes os outros ramos de controle estatal. É o

⁹³ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2 ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, 2003, p.97.

⁹⁴ ob. cit., p. 150.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002, p. 271.

que se denomina de caráter subsidiário do direito penal. Em consonância com essa noção, apenas quando os demais ramos se revelarem ineficazes para o controle social é que o direito penal se fará necessário. Com efeito, sendo a forma mais violenta de exercício de poder, o mecanismo de controle penal deve ser encarado como *ultima ratio* ou *extrema ratio*. A característica brutal do direito penal corresponde a sua ideia geral de *ultima ratio*, onde se salienta aquelas situações excepcionais cuja gravidade justifique cogitar a adoção de uma resposta de igual severidade.

A missão primordial do garantismo de Ferrajoli é funcionar como instrumento da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Constitui um conjunto de princípios que têm por função minimizar o poder punitivo, propondo-se a limitar, ao máximo possível, a criação de crimes, o arbítrio judicial e a cominação de penas.⁹⁶

No direito processual brasileiro, a concepção de garantismo preconizada pelo autor italiano tem ampla aceitação. De fato, as ideias de Ferrajoli retratadas em seu “Direito e Razão” receberam especial atenção e aceitação na doutrina penal nacional. Aliás, não poderia ser diferente, pois os axiomas garantistas preconizados no sistema SG de Ferrajoli constam praticamente em todas as constituições e tratados internacionais que tratam da proteção do indivíduo contra o direito de punir do Estado. Fazem parte do patrimônio de defesa do cidadão, conquistas irrenunciáveis da civilização ocidental.

Em verdade, o doutrinador brasileiro Antônio Alberto Machado, fiel às ideias de Ferrajoli, defende que o Estado age sempre com abuso e tirania, inimigo mortal dos direitos fundamentais. Por isso, face a essa visão pessimista de poder, os direitos e as garantias do réu funcionam como uma espécie de blindagem, um anteparo do indivíduo contra a ação persecutória do Estado, afirmando, destarte, que o garantismo:

⁹⁶ BIZZOTO, Alexandre. *A Inversão Ideológica do Discurso Garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen, 2009, p. 97.

reafirma as mais importantes conquistas liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII, o processo deve, antes de tudo, funcionar como instrumento de defesa dos direitos básicos do indivíduo, com o intransigente respeito ao devido processo legal e às liberdades fundamentais, em que a presunção de inocência assume foros de verdadeira cláusula pétrea do processo penal.⁹⁷

Assim sendo, Antônio Machado apesar de pontificar que o garantismo não se confunde com a impunidade do agressor, realça que o seu objetivo é muito mais observar o processo como um meio de defesa do indivíduo, “*uma constelação de normas e princípios destinados à salvaguarda das liberdades públicas fundamentais do indivíduo*”, do que propriamente um instrumento de persecução penal.⁹⁸

No mesmo sentido, Paulo Rangel, partidário da teoria do garantismo, vê o processo precipuamente como meio de defesa do acusado adverte que esse marco referencial visa a utilização de um sistema normativo constitucional capaz de criar barreiras ao exercício arbitrário do poder, ao estabelecer um âmbito de proteção das liberdades públicas dos indivíduos, concluindo que “*o fundamento e o fim do garantismo penal é a tutela da liberdade do indivíduo frente às várias formas de exercício arbitrário do poder político*”.⁹⁹

No mesmo sentir, Salo de Carvalho, observa que o garantismo penal como uma técnica de contenção da violência arbitrária, funcionando como um mecanismo de minimização dos poderes e maximização dos direitos fundamentais do réu. Assevera que tem por principal missão contrair ao máximo a incidência das instâncias formais de controle (minimalismo penal), primando pelo mínimo sofrimento necessário às pessoas que ultrapassaram o intolerante máximo. Aponta, assim, Salo de Carvalho, que o modelo garantista pressupõe que o exercício do poder, mormente o punitivo, independentemente da boa ou má intenção dos seus titulares, é potencialmente atentatório aos direitos humanos.¹⁰⁰

⁹⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria Geral do Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 48.

⁹⁸ ob. cit., p. 48.

⁹⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 200.

¹⁰⁰ CARVALHO, Salo de Carvalho. *Manual de Anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 77.

Isso porque, diz Salo, para o italiano Ferrajoli, o poder punitivo estatal é, por vocação e em essência, um poder *antigarantista*, corroborando a noção pessimista do Estado, ao desconfiar e denunciar a crença na bondade do poder punitivo. Assim, como forma de criar blindagem contra o exercício e as práticas penais eminentemente violentas, “a perspectiva garantista seria forjada pelo *princípio da irregularidade* dos atos dos poderes, expresso no absoluto pessimismo em relação ao agir persecutório”.¹⁰¹

Um outro ilustre defensor do garantismo negativo, o jurista alternativista Amilton Bueno de Carvalho, enfatiza que a principal função do processo penal é proteger os direitos do acusado, quando decidiu que:

Tenho que o processo penal – superada a ingenuidade epistemológica de que ele busca a “verdade processual” – é “un conjunto de garantías fundamentales del ciudadano frente al arbitrio y el abuso de la fuerza por parte del Estado” (Luigi Ferrajoli, Revista “Jueces para la Democracia”, nº 4, p.3, Madrid, 1998). Na mesma linha, ver Aduino Suannes, “Fundamento Éticos do Devido Processo Penal” Revista dos Tribunais, 1999, p.139. Assim, o processo penal busca julgamento justo ao cidadão (outra vez, Aduino Suannes), como instrumento de proteção ao cidadão frente ao Leviatã. É garantia do acusado!¹⁰²

Aury Lopes Jr. conclui que a instrumentalidade do processo penal manifesta-se com a característica essencial de proteção dos direitos e garantias individuais do réu. Assim, fiel à matriz liberal do garantismo negativo de Ferrajoli, considera que a função do processo é “*a limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente)*”.¹⁰³

Vê-se, portanto, que essa parcela da dogmática jurídica, amparada nos ideais do liberalismo penal, postula que o processo penal garantista seria apenas um meio de proteção do acusado. O Estado-Penal, para esse setor da doutrina, é visto com extrema desconfiança, chegando-se, inclusive, à formação de uma tese consolidada no princípio da presunção de irregularidade dos atos dos operadores do processo penal.

¹⁰¹ CARVALHO, Salo. *Manual de Anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 75.

¹⁰² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70001997402, Quinta Câmara Criminal, Relator Amilton Bueno. Disponível em www.tj-rs.jus.br. Acesso em 22.06.2010.

¹⁰³ JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional*. v.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

Para esse grupo de penalistas, a interpretação das leis penais e processuais deve ser a mais ampla possível quando favorecer o acusado, independentemente de considerações sobre outros interesses e direitos fundamentais que também estão a merecer a tutela penal.

Consoante já se anotou, a importância do modelo de garantismo de Luigi Ferrajoli é indiscutível para a existência de um direito penal e de um processo penal democrático, ético e justo, com amplo respeito às prerrogativas defensivas do acusado. Quanto a isso, parece não haver dúvida quanto à validade da tese garantista do mestre italiano. Frente ao excesso ou ao arbítrio do poder punitivo estatal, o cidadão deve dispor de inúmeros mecanismos de proteção. São conquistas da modernidade, representadas pelos revolucionários ventos iluministas e respaldadas nos textos constitucionais dirigentes e compromissórios.¹⁰⁴

Todavia, o apego exacerbado ao garantismo negativo de Ferrajoli incorre no equívoco de não levar, em devida consideração, que o Estado - via controle penal - é obrigado a tutelar os direitos daquelas pessoas ofendidas pelo crime. Essa leitura demasiadamente unilateral dos direitos e garantias fundamentais - que tem a pretensão de ser a única e legítima - não se mostra compatível com as disposições constitucionais que alicerçam a intervenção jurídico-penal.

Em decorrência disso, embora correto o garantismo de Ferrajoli, ao defender a proteção dos direitos individuais dos acusados contra o poder punitivo estatal, a teoria negligencia a circunstância de que a ordem jurídica constitucional também protege direitos fundamentais da vítima e da comunidade, que não podem ser esquecidos se a pretensão do processo penal é, efetivamente, realizar uma compreensão sistêmica e integral dos direitos fundamentais.¹⁰⁵

Em suma, o garantismo negativo compreende-se como uma teoria do direito penal e do processo penal que tem por objetivo limitar a ação do poder punitivo estatal. O intuito é reduzir o direito penal e exaltar os direitos fundamentais

¹⁰⁴ STRECK, Lenio. *Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*. (In) STRECK, Lenio (org.) *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 88.

¹⁰⁵ FISCHER, Douglas. *O que é Garantismo Penal (integral)?*, (In) CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 27.

do réu no processo penal. Não há, para essa concepção do garantismo, qualquer referência ao outro lado do conflito. Em uma sentença: o fim justificador do garantismo negativo é conferir liberdade ao réu.

Por tais razões é que tem-se difundido, equivocadamente, o significado do garantismo. Essa compreensão que vem se difundindo como a única possível, não parece mesmo corresponder à obrigatoriedade da dupla função estatal na proteção dos direitos fundamentais.

A ênfase do garantismo negativo sobre os direitos fundamentais do réu não se compatibiliza com o dever ativo de tutela penal dos direitos fundamentais vinculados aos particulares agredidos pelo fato delituoso. De fato, um garantismo unilateral e isolado, que se resume na proteção dos direitos individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados, é insuficiente para uma integral proteção dos direitos fundamentais.¹⁰⁶

A questão é estabelecer um novo regime de garantias, uma nova teoria do garantismo, que preveja a proteção integral dos direitos fundamentais. Em outras palavras, não se pode, perante o dever de tutela penal e processual dos direitos fundamentais da vítima e dos membros da sociedade agredidos por particulares, falar-se, unicamente, em um garantismo negativo.

Desse modo, a adequada teoria do garantismo penal, alinhada com a dupla perspectiva dos direitos fundamentais, não se resume tão-somente no sentido negativo para o processo penal, mas também uma espécie de *garantismo positivo*, em que seja capaz de promover o devido equilíbrio entre as funções de limitação do *jus puniendi* (a favor do réu), e uma atuação estatal em favor dos ofendidos. Em outros termos, tem-se como imprescindível o estabelecimento de um regime que promova a proteção da *totalidade* dos direitos fundamentais envolvidos no processo penal.

¹⁰⁶ FISCHER, Douglas. *O que é Garantismo Penal (integral)?*, (In) CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (orgs). *Garantismo Penal Integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p.35.

3.2.2 O garantismo penal integral como teoria constitucionalmente adequada: o garantismo como limite à intervenção penal e como proteção dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade

A importância do trabalho de Ferrajoli é indiscutível para a existência de um direito penal e processo penal democrático, ético e justo. Entretanto, é preciso salientar, desde logo, que a teoria do garantismo penal de Ferrajoli é insuficiente para a integral proteção dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

Assim, conquanto legítimo e constitucional, o garantismo do nosso autor italiano não representa a totalidade das funções estabelecidas na Constituição, visto que não compreende o processo penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais da vítima e da comunidade.

Com efeito, com o desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção, faz-se necessário, para se alcançar uma interpretação constitucionalmente adequada, abordar um novo enfoque sobre a teoria do garantismo penal, ou seja, compreender integralmente as funções dos direitos fundamentais, quer como instrumentos de proteção dos direitos do réu, quer como proteção dos ofendidos pela prática delituosa.

Por essa razão, a teoria do garantismo de Ferrajoli merece uma complementação, tendo em vista tratar apenas de única concepção de direitos fundamentais, traduzindo-se em uma determinada versão de garantismo, que não corresponde à questão da integral proteção dos direitos fundamentais, como direitos de defesa do réu (direitos negativos) e como tutela dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade (imperativo de tutela).

Luciano Feldens adverte, assim, para a impropriedade de se considerar a teoria do garantismo como uma teoria exclusiva do Direito Penal ou mesmo do processo penal, embora perfeitamente aplicada a esses setores. Aponta com esmero que a teoria do garantismo integral tem base constitucional direcionada à otimização dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado assegurar juridicamente a sua realização, competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses

direitos frente às ameaças dele próprio e dos indivíduos, dentro de uma dinâmica que abraça as funções estatais de proibição de intervenção e imperativos de tutela dos direitos fundamentais.¹⁰⁷

Nesse mesmo pensar, Alexandre Morais da Rosa comenta que apesar de o garantismo jurídico ter sua origem vinculada ao Direito Penal evoluiu para uma verdadeira teoria do direito, passando a ser entendido como um modelo baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais. Nos termos dessa corrente doutrinária, consiste o garantismo jurídico na tutela dos direitos fundamentais de todos os indivíduos e não somente do réu.¹⁰⁸

Ser garantista, mais uma vez Feldens, não significa adotar uma postura refretária à intervenção jurídico-penal e, tampouco, postular pela aplicação da solução processual mais benéfica ao acusado, até mesmo porque não é necessário tornar-se réu para ser titular de direitos fundamentais, isto porque os direitos e as garantias individuais também se aplicam aos que não estejam nessa situação.¹⁰⁹

O garantismo jurídico centra-se na garantia integral dos direitos fundamentais, vinculando tanto a atividade negativa como a positiva do Estado, incluindo todas as funções estatais (executiva, legislativa e judicial), sem que a expressão seja restrita ao campo do direito penal e do processo penal, na sua abordagem de limite ao poder punitivo estatal.

Para o êxito desse projeto garantista, é necessária a conformação das diferentes funções dos direitos fundamentais, ou seja, tanto as proibições de intervenção quanto os imperativos de tutela, denominados direitos à proteção. Dentro dessa linha, a consideração de ambos os escopos são condições indispensáveis para a realização integral da teoria garantista. Há, dessa forma, que se redimensionar o próprio paradigma garantista até então delineado pela doutrina

¹⁰⁷ 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, 2008, p.66.

¹⁰⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.4.

¹⁰⁹ 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, 2008, p.66.

que acompanha Ferrajoli, para que se integralize o âmbito de proteção estatal na medida da realização conjunta dos direitos negativos e de proteção.

Por essa razão é Feldens que propõe um modelo garantista integral, ou seja:

Um modelo que corresponde, nada mais e nada menos, a essa *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais. Um modelo que se mantém fiel à tradicional função dos direitos fundamentais como barreiras à ação estatal, mas que agrega a essa condição a função protetiva que o Estado há de exercer, em determinado ponto ou medida, a esses mesmos direitos fundamentais, em face das reais ameaças do poder privado.¹¹⁰

Assim sendo, embora exista garantismo em Ferrajoli, o mesmo não se reduz à compreensão que dele o autor.¹¹¹ O garantismo jurídico, mais consentâneo com a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, é aquele que propõe um equilíbrio entre os direitos de defesa e os direitos de proteção estatal. Nessa linha, afirma Feldens:

a realização do projeto garantista passa por conferir aos direitos fundamentais um standard de garantias que os torne imunes da ação estatal arbitrária e, ao mesmo tempo, assegure-lhes juridicamente, a necessária proteção frente a ameaças de terceiros.¹¹²

Nesse diapasão, considerando a insuficiência do garantismo de Ferrajoli para uma adequada proteção integral dos direitos fundamentais, Eugênio Pacelli salienta a existência de precipitações quanto a sua definição de garantismo. Para Pacelli, o garantismo não se limita a um conjunto de garantias estipuladas em favor do réu no processo penal, pois embora esse conjunto de garantias esteja incluído no seu espectro de base, a intervenção penal também encontra-se inserida no ambiente garantista, quando, segundo o autor, a Constituição Federal em:

diversos momentos e dispositivos, refere-se ao desvalor atribuído a determinadas condutas lesivas (racismo, drogas, terrorismo, tortura etc.) e

¹¹⁰ 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, 2008, p.64.

¹¹¹ ob.cit., p.70.

¹¹² ob.cit., p.72.

ao procedimento penal para a aplicação do Direito (ações penais públicas, ações privadas subsidiárias das públicas etc.).¹¹³

Dessa forma, afirma Pacelli que não há incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal. Os direitos do acusado e os direitos fundamentais relativos à aplicação do direito penal e do processo penal convivem na Constituição, como garantias de igual estatura e importância.

Da mesma forma, Walter Nunes, ao discorrer sobre a função política do processo no âmbito do Estado Democrático de Direito, observa que o objetivo, da linha garantista, é perseguir o legítimo direito do Estado/sociedade em responsabilizar penalmente o agente infrator, o combate à criminalidade, como também a proteção dos direitos fundamentais.¹¹⁴

Relembre-se, consoante observou Feldens: embora exista garantismo em Ferrajoli, o garantismo não se resume a sua teoria. Como alhures esposado, afinada com uma visão pessimista dos poderes estatais, o que se traduz em uma determinada concepção dos direitos fundamentais, atrelada unicamente à função de defesa em face do presumível arbítrio do *jus puniendi*, podemos dizer que o garantismo de Luigi Ferrajoli apresenta-se parcialmente inadequada como teoria constitucional que tenha como marco a proteção ampla dos direitos fundamentais.

115

Sobre esse aspecto, tal como Pacelli, Luciano Feldens assinala que não raro tem se visto imprecisões quanto ao exato significado do termo garantismo. Em enquanto teoria de base constitucional, orientada à maximização e à realização dos direitos fundamentais, não se resume à versão do garantismo penal de Ferrajoli. Assevera que esse modelo de garantismo apenas retrata um modo de se observar o Direito Penal, ou seja, estruturado à base de uma determinada concepção de direitos fundamentais (oponíveis ao Estado), a qual não corresponde à

¹¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10 ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 26-27.

¹¹⁴ JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2008. p. 278.

¹¹⁵ Para esse ponto de vista, o garantismo se baseia na ideia de que o poder punitivo atua sempre *irregularmente*, contrário ao Direito, inimigo que é dos direitos fundamentais do réu.

multifuncionalidade dos direitos fundamentais, a saber: direitos enquanto proibição de intervenção e como imperativos de tutela penal.¹¹⁶

Na verdade, esse garantismo do tipo negativo, de grande importância na construção de um processo penal humanista e libertário, é incapaz de abraçar o outro lado, não menos digno de mérito, que é a proteção dos direitos fundamentais das pessoas atingidas pelo crime.

Por essa razão, ao sistema garantista negativo proposto por Ferrajoli, deve-se adicionar um modelo teórico que atenda integralmente à dupla função dos direitos fundamentais. Um aspecto tanto negativo, preocupado em se opor ao arbítrio do poder penal, e outro positivo, centrado na garantia fundamental de intervenção penal com vistas à segurança de todos (art. 5º, CF).

Em outras palavras, um garantismo que seja composto por essa duas ideias complementares: a primeira, na qual os direitos fundamentais de defesa funcionem como barreiras à atuação desmedida do direito penal e de outro lado, um garantismo positivo que dê sustentação a uma intervenção jurídico-penal adequada e necessária.

Nessa medida, o paradigma clássico do garantismo negativo precisa ser superado por um garantismo integral de ampla proteção dos direitos fundamentais. De fato, ao lado da clássica função de limitação ao *jus puniendi*, o processo penal também tem a incumbência de tutelar os particulares ofendidos pelo ato criminoso. Soma-se, assim, ao garantismo negativo, o chamado garantismo positivo, resultando numa ampla e integral proteção dos direitos fundamentais, ou seja, em um garantismo integral.

É por isso que Lenio Streck, citando Alessandro Baratta, que no atual momento do constitucionalismo brasileiro não se pode mais falar apenas em um garantismo liberal, aquele do tipo negativo. O novo papel do Estado indica uma política integral de proteção de direitos, o que significa dizer que não procede a

¹¹⁶ 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, 2008, p.67.

visão garantista como limite ao poder estatal, senão também, e com igual intensidade, como um garantismo positivo, ou seja, um sistema de direitos e de garantias preocupado com a defesa dos particulares contra agressões provenientes dos próprios particulares.¹¹⁷

Em outra passagem da doutrina nacional, que demonstra a influência desse autor estrangeiro no tema do garantismo negativo e positivo, Salo de Carvalho cita pensamento de Alessandro Barata quanto à diferença entre as funções negativas e positivas dos direitos humanos em matéria penal, o que corresponde, aos chamados garantismo negativo e positivo:

os direitos humanos cumpririam funções negativas e positivas no tratamento da matéria penal. Desde uma perspectiva negativa, imporiam limitações à intervenção estatal, determinando o que deve ou não ser tolerado normativamente na restrição das liberdades individuais do cidadão que violou o preceito legal (limite). Positivamente, estabeleceriam o rol das condutas relativas à intervenção, indicando os rumos disciplinadores do ordenamento. Definiriam e elegeriam bens jurídicos a serem tutelados, viabilizando uma política de intervenção mínima (objeto).¹¹⁸

No mesmo norte de Lenio Streck, arrimado na teoria dos direitos fundamentais como deveres e prestações positivas, Luciano Feldens acrescenta que apenas um *modelo garantista integral* corresponde a essa multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Especificando, um modelo garantista que se mantém fiel ao clássico garantismo de proteção negativa (barreiras contra o controle penal), mas que agrega, de igual sorte, a função protetiva do Estado na dimensão positiva de salvaguarda dos direitos fundamentais.¹¹⁹

No Brasil, consoante alerta Lenio Streck, a dogmática jurídica penal tradicional tem trabalhado apenas na perspectiva do garantismo negativo de Ferrajoli. Para ele, esse grupo doutrinário exacerbadamente liberal, visualiza o direito penal apenas como meio para proteger o réu contra os excessos do Estado. A premissa interpretativa reside numa espécie de incondicional minimização do

¹¹⁷ STRECK, Lenio. *Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*. (In) STRECK, Lenio (org.) *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96

¹¹⁸ CARVALHO, Saulo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 158.

¹¹⁹ 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, 2008, p. 63.

direito penal e de uma ampla concessão das garantias processuais ao réu, não sujeitas a quaisquer restrições ou mesmo sopesamento com outros direitos fundamentais.¹²⁰

Assim sendo, não se pode mais considerar garantista aquele operador que se concentra apenas no lado do réu, fortalecendo-o a ponto de excluir a outra face, também digna de proteção, de sorte a criar uma espécie de hipergarantismo em detrimento dos demais interesses da sociedade.

O garantismo integral compreende a ideia de compatibilização dos direitos fundamentais em conflito no processo penal, de forma a não se exaltar em qualquer situação o direito de punir, tampouco se interpretar as garantias do acusado como se fosse o único objetivo a ser perseguido no processo penal, menosprezando os interesses legítimos da vítima e da sociedade, entes portadores de proteção penal, conforme mandamentos constitucionais.¹²¹

Dito de outra maneira, o garantismo integral ou proporcional é aquele modelo que preconiza as garantias do acusado, não as violando de maneira inadequada, desnecessária ou proporcional -, ao mesmo tempo em que assegura a proteção aos outros bens jurídicos relevantes para a sociedade.¹²²

3.2.3 Fundamentação constitucional do garantismo penal integral

Quanto à existência de um garantismo integral dos direitos fundamentais, é de se notar que a nossa Constituição, apesar de se filiar à tradição liberal-iluminista de contenção do poder penal (garantismo negativo), mormente quando se observa a extensa gama de direitos e de garantias fundamentais do art. 5º, contempla, por outro lado, dispositivos, a exemplo dos mandamentos de criminalização, que traduzem uma obrigação de proteção ativa através do direito e

¹²⁰ STRECK, Lenio. *Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*. (In) STRECK, Lenio (org.) *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 85-86.

¹²¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral*. FISCHER, Douglas. *O que é Garantismo Penal (integral)?*, (In) CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 179.

¹²² ob.cit., p.181.

do processo penal, o que comporta dizer, que o modelo de sistema penal adotado pela Constituição Maior enquadra-se perfeitamente no projeto garantista integral.

É por essa razão que Lenio Streck denuncia a desconformidade entre garantismo negativo e uma posição minimalista do direito penal quando realizado o exame de compatibilidade vertical com as disposições constitucionais que tratam do sistema punitivo. Para o autor, o direito penal e o processo penal devem ser compatibilizados com o papel dirigente da Constituição, que indica situações de imposição criminalizadora e de ampliação da intervenção penal.¹²³

Conforme sustenta Streck, o sistema penal, segundo os cânones constitucionais vigentes, deve atuar forte no terreno da repressão penal às condutas violadoras dos bens jurídicos transindividuais. Acredita que o direito e o processo penal servem como instrumentos de transformação da sociedade, ao terem a incumbência de combater uma série de crimes que põem em xeque os objetivos da República, caso da sonegação fiscal, agressão ao meio ambiente, corrupção, lavagem de dinheiro, etc.¹²⁴

A Constituição não atua, no campo da intervenção penal em apenas um sentido de direção, ou seja, somente na direção apregoada por Ferrajoli. Às conquistas dos ideais iluministas de restrições ao direito penal, abraçadas pelo nosso constitucionalismo, soma-se a necessidade de proteção estatal pós-iluminista de salvaguarda dos direitos fundamentais da vítima e da comunidade.

Nessa medida, frente à atual configuração do constitucionalismo, tem-se como equivocado dizer que o direito e o processo penal resumem-se a uma função

¹²³ STRECK, Lenio. *Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*. (In) STRECK, Lenio (org.) *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p 88.

¹²⁴ STRECK, Lenio; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5: “A revolução copernicana por que passaram o Estado e o Direito, não temos dúvidas em afirmar, permeia o Direito Penal, cujas baterias, sintonizadas ao fenômeno da incorporação constitucional de direitos coletivos e sociais, devem agora se direcionar para a *proteção dos bens jurídicos de índole transindividual*. Dizendo de outro modo, deve o Estado, paralelamente à atividade que tradicionalmente vem desempenhar em face de condutas que atentam diretamente contra a vida e a dignidade humana, *priorizar o combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República*, inscrevendo-se nesse rol, dentre outros, os crimes de sonegação fiscal, os crimes contra o sistema financeiro nacional, a corrupção, a lavagem de dinheiro e os delitos contra o meio ambiente.

de proteção negativa do estado (garantismo negativo). Os deveres de proteção estatal deram uma nova roupagem ao sistema penal, no sentido de que o Estado é obrigado a proteger o cidadão, via direito penal, contra as agressões de particulares. Na doutrina nacional, Bêde Junior e Senna acertam quando defendem o equívoco parcial do garantismo negativo:

Trata-se de uma visão equivocada, impregnada por uma cultura deturpada de um garantismo puramente individual (negativo), olvidando que a Constituição Federal brasileira, como de resto a maioria das constituições dos países ocidentais, adota um modelo de Estado Democrático de Direito, que também tutela os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão. Logo, modernamente, deve-se também trabalhar com a concepção de um garantismo positivo, que tutele de igual forma a segurança pública, enquanto direito fundamental de segunda dimensão, essencial para a garantia da qualidade de vida da população e, portanto, para a tutela da própria dignidade da pessoa humana.¹²⁵

Realmente, a Constituição Federal de 88 trouxe uma série de mandados de criminalização e de medidas processuais protetivas da vítima e da sociedade, a exemplo do que dispõem os incisos do art. 5^a, inciso XLI (prevê punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais), XII (prevê a possibilidade de interceptação telefônica) e XLIII LIII (prevê a inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia a uma série de crimes), a refletir uma política constitucional criminal que não adota um projeto penal único, um modelo mínimo de direito penal. Nesse sentido, setor da doutrina chama a atenção para a existência de cláusulas penais legitimadoras da intervenção penal:

*Cláusulas penais na Constituição brasileira: se por um lado não há como deixar de reconhecer a virtual dimensão garantista do processo de constitucionalização do Direito penal (nem sempre, entretanto, desenvolvido sem tropeços e retrocessos), por outro, não se pode ignorar que referido processo está estruturado sobre as bases de uma dupla via, isto é, também há um enorme número de cláusulas penais contidas nas Constituições (a isso se dá o nome de penalização da Constituição).*¹²⁶

Frente a esses dispositivos constitucionais, não se pode dizer que a nossa Constituição Federal acolheu, exclusivamente, uma política criminal minimalista. A existência dos deveres de proteção, a presença de mandados expressos e implícitos de criminalização, a configuração de medidas processuais a serviço da persecução

¹²⁵ JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

¹²⁶ GOMES, Luís Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. v.1. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

criminal intituladas de direitos fundamentais, além da garantia da ação penal subsidiária demonstram que as normas constitucionais não operam apenas na mão única do garantismo negativo. Diante dessa constatação, conforme nos alerta Palazzo, a valorização constitucional do direito penal reside não como instrumento de liberdade individual contra as agressões provenientes do Estado ou de particulares, mas, também, como limite à liberdade do réu.¹²⁷

A questão não é, assim, de hierarquização de direitos fundamentais. O modelo garantista integral não preconiza a supremacia dos interesses sociais e transindividuais em detrimento do individual, sob pena de incorrer na mesma unilateralidade do garantismo negativo. Assim, entender que o processo penal não protege apenas os direitos do acusado, mas, também, os direitos da vítima ofendida pelo delito, não implica dizer que o reconhecimento dos direitos desse último aniquile os do primeiro. Nesse aspecto, na esteira Rodolfo, reconhece-se que os direitos fundamentais do réu não são absolutos, pois encontram limites em outros princípios e regras relevantes, igualmente previstos no ordenamento constitucional, que disciplinam o dever punitivo estatal.¹²⁸

Conforme visto, além dos direitos e das garantias do réu expostos ao longo do art. 5º, há de se notar a presença de um extenso rol de dispositivos constitucionais que configuram e conformam a intervenção jurídico-penal. Ao lado dos direitos de proteção negativa, a Constituição obriga a criminalização, o processamento, a condenação e a execução da pena do sujeito transgressor das normas protetivas da vítima e da comunidade.

Por tudo isso é que Barroso observa que a Constituição funciona como fonte de legitimação do direito penal, baseado na premissa de que esse ramo do direito atua como expressão do dever de proteção do Estado aos bens jurídicos, como a vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade.¹²⁹

¹²⁷ PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 18.

¹²⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 29.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 381

Como se vê, a CF reclama um padrão de intervenção penal necessário e adequado à realização da função de proteção positiva dos direitos fundamentais violados pela ação criminosa.¹³⁰

Aliás, um dos grandes expoentes do garantismo negativo, Salo de Carvalho, reconhece que a nossa Constituição Federal não adotou, no campo da intervenção penal, apenas direitos e garantias do réu. Naquilo que ele denomina de Constituição Penal Dirigente, o constituinte de 88 projetou uma espécie de sistema criminalizador, ao recepcionar mecanismos punitivos, adquirindo, pois, as normas constitucionais, a função não apenas restritiva (negativa), mas, igualmente, potencializa a função penal/carcerária.¹³¹

Nesse sentido, é louvável a atenção do Ministro Gilmar Mendes ao inaugurar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa espécie de garantismo, quando da fundamentação da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 418.376, assentando expressamente que:

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 da 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.¹³²

É essa a política criminal adotada pela Constituição que constitui o marco condicionante na interpretação do direito e do processo penal.¹³³ De fato, um modelo

¹³⁰ LUCIANO, Feldens. *Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 152: “Ao tempo em que a Constituição contém os princípios fundamentais de defesa do indivíduo frente ao Estado, de forma a coibir o arbítrio, por outro lado, preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais – como, de resto, os de natureza social -, para que se façam efetivados, não se bastam com a mera inação estatal, senão que devem ser protegidos também em face de ataques de terceiros (particulares), a Constituição pressupõe – e impõe – uma ação estatal na defesa desses valores fundamentais”.

¹³¹ CARVALHO, Salo. *Penas e Garantias*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 162.

¹³² Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 418376. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 9 de fev. 2006. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 18 mar. 2010.

¹³³ Diz a respeito da Constituição como marco delimitador da política criminal, FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 43: “[...] a dogmática jurídica e a política criminal não pode estruturar-se de forma divorciada da Constituição, a qual predispõe-se a definir os marcos no interior dos quais haverá de desenvolver-se tais atividades políticas intelectivas. [...] a política criminal é imanente ao

constitucional penal de proteção integral dos direitos fundamentais que atende, ao mesmo tempo, as garantias do acusado e as garantias de proteção dos indivíduos agredidos pelas ações criminosas. Ambas diretrizes devem conviver harmoniosamente, em um justo equilíbrio de interpretação e aplicação, sem excessos nem omissões.

A Constituição Federal não se resume, portanto, ao garantismo de Ferrajoli. Vai adiante, ao assumir outros compromissos e funções (caráter compromissório). O Estado Democrático de Direito, inaugurado pelo constituinte de 88, impõe novas funções aos órgãos estatais, não mais resumidas a uma não-intervenção liberal. Dentro desse novo paradigma, não se coloca mais como inimigo absoluto do cidadão. Destarte, o manejo do direito Penal e do processo penal fica, assim, subordinado a essa materialidade constitucional, que impõe a atuação desse sistema de controle como instrumento de proteção ativa dos direitos fundamentais.¹³⁴

3.2.4 A importância do garantismo penal integral na busca de um processo penal de equilíbrio entre os direitos do réu e da vítima

Esse descortinamento sobre o aspecto protetivo do processo penal, embora não pareça novidade, uma vez que ínsita à noção do próprio contrato social, pelo qual o Estado foi criado justamente para conferir segurança aos cidadãos contra a violência dos demais, tem o mérito de trazer à tona os direitos constitucionais da vítima e da sociedade, encobertos pelo excesso do garantismo negativo.

Com efeito, o garantismo negativo de Ferrajoli tem dado suporte a todo tipo de interpretação que favoreça o réu, como se fosse a única possível, moral e juridicamente de aceitação. O dogma do *favor rei* abarca toda sorte de pauta interpretativa.

sistema jurídico-constitucional, marco legitimador de seu desenvolvimento". (grifo no original). Em sentido análogo, GOMES, Luís Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. v.1. São Paulo: RT, 2007, p. 48.

¹³⁴STRECK, Lenio; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 39.

Essa corrente fundamentalista, ancorada na dignidade da pessoa humana, devido processo legal, no contraditório e da ampla defesa, defende que esses princípios podem assumir qualquer significado, ou o que é mais grave, como se esses direitos não convivessem com outros direitos e garantias fundamentais, em um ambiente comunitário, tal qual o direito à segurança a ser protegido por um processo penal célere e eficaz. Pontuam a prevalência total e absoluta dos direitos do réu em detrimento dos direitos fundamentais da vítima e da comunidade.¹³⁵

Nesse diapasão, do modo como vem sendo entendido, o garantismo negativo acaba por fornecer uma espécie de “carta branca” à defesa para postular todo e qualquer tipo de requerimento favorecedor à situação jurídica do réu, colocando toda a carga de justificação para a face oculta dos direitos fundamentais de que nos fala Maria Streck, no caso, a proteção das vítimas e da sociedade, titulares de direitos à vida, à liberdade, à segurança, à probidade na administração, ao meio-ambiente, à propriedade, etc.

Qualquer crítica quanto a essas práticas interpretativas unilaterais, o patrulhamento ideológico é rápido, forte e chantagista. Quem ousa, é logo visto como cerceador dos direitos da defesa, adepto da Lei e da Ordem, da tolerância zero ou direito penal do inimigo, etc.¹³⁶

¹³⁵ No âmbito da jurisprudência do STF é possível colher interpretações desse viés: “[...] Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal” (HC 73.338, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-8-96, DJ de 19-12-96).

¹³⁶ Quanto a esses críticos, BIZZOTO, Alexandre. *A Inversão Ideológica do Discurso Garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen, 2009, alude que vem ocorrendo no pensamento jurídico hodierno uma espécie de inversão ideológica do discurso garantista. O autor sustenta sua tese considerando que na concretização do sistema garantista, observa-se uma inversão ideológica das garantias com a modificação do sentido limitativo dos direitos fundamentais. Segundo o autor, “a inversão ideológica é uma prática judiciária sub-reptícia de utilização do amparo de normas constitucionais de teor garantista para fundamentar atos de teor limitativo aos direitos humanos e ampliativo do sistema penal, subvertendo as finalidades históricas e teleológicas das garantias constitucionais”. Segundo o autor, é muito comum na interpretação e na aplicação judicial proposições que se afirmam garantistas, mas que na verdade a intenção é deixar a proteção ao ser humano em segundo plano: “Há uma apropriação dos discursos garantistas com resultados interpretativos jurisdicionais que dão aparência de legitimidade aos abusos punitivos. [...] A interpretação tem a capacidade de acentuar, sob o manto da constitucionalidade garantista, os excessos punitivos”.

O garantismo de Ferrajoli tem o objetivo de conter os abusos do poder. Entretanto, não se pode transformá-lo em dogma absoluto. Os seguidores dessa teoria enganam-se ao acreditar que a única função do processo penal é proteger o cidadão contra os abusos do direito de punir estatal. Com a visão ofuscada, esquecem-se das novas tarefas assumidas pelo o Estado Democrático de Direito.

Como já se disse, a tese de Ferrajoli é válida, tem base constitucional. Somos partidários também da teoria do garantismo negativo. Em verdade, os axiomas elencados pelo autor italiano são conquistas da civilização contra a barbárie do poder. O modelo garantista representa um marco na proteção do indivíduo contra o *jus puniendi*. Todavia, no contexto da Constituição, marcada pela proteção dos direitos fundamentais, o sistema de tutela penal não pode ser mais visto apenas como obstáculo ao poder de punir, mas como instrumento de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, mesmo após vinte anos da Constituição Federal, muito pouco foi realizado para superar a crise que atravessa o processo penal, ainda atrelado a um paradigma interpretativo de cariz liberal-individualista. Esse modo de se fazer processo penal em terras brasileiras restringe o verdadeiro objetivo

Nos termos do seu estudo, essa inversão pode se dá de duas maneiras: a) construção da norma sem a flexibilização necessária para a efetivação da garantia; b) construção da norma sem a rigidez necessária para a efetivação da garantia.

A primeira é provocada pelo positivismo. O intérprete, sob a alegação de estar cumprindo o que consta no direito legislado, amplia o sistema normativo penal. Dizendo obedecer ao disposto na legislação penal, o operador argumenta que não está autorizado a *flexibilizar* o sistema normativo em prol das garantias do cidadão. Bizzoto diz que as garantias fundamentais que servem para restringir o esforço punitivo são utilizadas para sustentar *finalidades subterrâneas* às das garantias penais limitativas contidas na Constituição: “O respeito às garantias constitucionais de conteúdo penal não se coaduna com o olhar limitativo aos direitos fundamentais. Os textos legais que contêm comando de proteção penal contra o poder punitivo exigem interpretação flexível, de modo a atingir toda a sua potencialidade de proteção à pessoa humana”. No segundo sentido da inversão, na ânsia de sua tutelar penalmente os interesses sociais na perspectiva de proteção do Estado, utiliza-se premissas constitucionais para ampliar e legitimar o sistema penal. Pretende-se a flexibilização das garantias constitucionais, sob **a justificativa abstrata de se proteger bens jurídicos de interesse constitucional do Estado**. Bizzoto diz que as abstrações do bem jurídico podem servir para manipulação na linguagem a fim de ampliar o sistema punitivo. O bem jurídico pode servir de justificativa para o enfraquecimento das garantias constitucionais de limitação punitiva, com a elasticidade da função limitativa: “Por tal segmento de pensamento jurídico, defende-se que no confronto entre as garantias e os interesses públicos consubstanciados em bens jurídicos, estes devem prevalecer”. Bizzotto assinala que o cotidiano do processo penal é recheado de inversão ideológico do discurso garantista. É preciso, pois, diz ele, a formação de uma resistência constitucional.

Lembra Bizzoto a situação de o magistrado forçar o defensor a admitir a presença do imputado preso à audiência.

constitucional que é o de efetivar as garantias fundamentais para toda uma sociedade.

Da forma como tem sido conduzido os rumos da dogmática jurídica do direito e do processo penal, como se só existisse uma direção nos fins e nas metas da intervenção penal, vem causando sérios problemas na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos ofendidos pela prática do crime. A formação jurídica dos operadores baseada apenas em uma das faces de proteção, acaba por trazer um déficit de implementação da Constituição na parte em que impõe uma intervenção penal adequada e necessária no combate a delitos.

Dito isso, uma vez legitimada a intervenção penal pela Constituição Federal como instrumento de proteção de direitos fundamentais dos ofendidos pelo crime, às vezes até com rigor, não pode haver preferências interpretativas apriorísticas sobre a condenação ou absolvição do réu. O pêndulo interpretativo não pode recair somente para o lado do réu. O Estado tem o dever de proteger a vítima e a sociedade.

Cláusulas interpretativas como *in dubio pro reo* ou *favor rei*, ou de que o réu é o sujeito débil da relação, e o Estado é o todo-poderoso, *não* pode conduzir a posições doutrinárias ou decisões judiciais extremistas em prol do acusado, pois para ser titular de direitos fundamentais e desfrutar de suas correlatas garantias não é necessário tornar-se réu em uma ação penal: “*Ser garantista não significa adotar uma postura refratária, em gênero, à intervenção jurídico-penal, e tampouco militar pela aplicação da solução processual mais benéfica ao acusado*”.¹³⁷

Tem-se como imperioso constatar que a Constituição não comporta apenas essa leitura de não intervenção do direito penal, uma espécie, por assim dizer, de uma interpretação abolicionista de fato¹³⁸. Aliás, frise-se que o próprio

¹³⁷ 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, 2008, p. 66.

¹³⁸ Sobre como a Constituição exige um sistema de proteção jurídico-penal, refutando, pois, um abolicionismo, diz FELDENS, Luciano. *Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117: “Da opção constitucional pela existência de um *sistema penal* afigura-se-nos afirmar que *estaria vedado*, desde logo, uma espécie de *abolicionismo penal*; é dizer, de uma despenalização global, a culminar com a

Ferrajoli, embora defensor do direito penal mínimo, repudia textualmente o abolicionismo penal.

Desse modo, o garantismo integral tem esse objetivo de equilibrar ou de colocar, nos seus devidos limites, essas práticas interpretativas garantistas, tendo em vista que não realizam uma interpretação compreensiva e totalizadora dos direitos fundamentais do réu e da vítima. Uma interpretação, portanto, que sem abrir mão da proteção do réu contra qualquer forma de arbítrio, busca ao mesmo tempo fórmulas capazes de proteger a vítima e a sociedade positivamente.

Essa é a interpretação do processo penal que, além, de ser mais consentânea com os ditames constitucionais, apresenta-se como mais afinada com a teoria dos princípios. De fato, seguindo a lição de Virgílio, a teoria dos princípios sustenta que os direitos fundamentais garantidos por essa espécie de norma, consagram um direito *prima facie*. Implica dizer, em outros termos, que a colisão com outras normas, de igual espécie, pode exigir uma restrição. Como não existem direitos absolutos, o conceito de princípio prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes.¹³⁹

É o que justamente ocorre no processo penal. Os princípios que consagram os direitos fundamentais do réu podem ser, ou melhor, devem ser restringidos para que outros direitos fundamentais possam também merecer aplicação. O que importa é que as restrições, realizadas pelos direitos antagônicos,

revogação do próprio sistema de proteção penal". (grifo no original). No mesmo sentido, FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 41: "[...] não há liberdade absoluta de conformação legislativa *nem mesmo em matéria penal*. Ainda que a lei venha a *descriminalizar*, sua validade estará condicionada. Não há, pois, qualquer blindagem que 'proteja' a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador, etc.). Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a *descriminalizar* a corrupção, a lavagem de dinheiro, a sonegação fiscal, o estupro, etc., tudo em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse, automaticamente, a validade!".

¹³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 139.

passem pelo teste da proporcionalidade, pois restrições que passam pelo teste da proporcionalidade são constitucionais.¹⁴⁰

Conduzindo ao mesmo resultado, ou seja, à constatação de que não existe uma supremacia rígida ou uma absolutização de direitos fundamentais, Luís Roberto Barroso doutrina que o princípio da unidade da constituição preconiza a harmonização ou conciliação das normas contrapostas. Como diz Barroso, a ponderação de direitos fundamentais rejeita:

a predeterminação rígida da ascendência de determinados bens e valores jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição in dubio pro libertate. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade de segurança e de proteção da coletividade.¹⁴¹

Não se pode assim dizer, a partir de Barroso, que há uma supremacia dos direitos fundamentais do acusado em detrimento dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade, ou vice-versa. Nessa colisão de princípios no interior do processo penal, o doutrinador diz que o intérprete deve procurar harmonizar e equilibrar as tensões existentes na constituição, com base no princípio da unidade, alcançando um ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir na aplicação das normas constitucionais, cuidando de administrar eventuais superposições¹⁴².

Nesses termos, não existe paradoxo ou antinomia real em se tutelar integralmente os direitos fundamentais do réu e os da vítima e da sociedade. O princípio da unidade da constituição e a possibilidade de restrições a direitos fundamentais demonstram que não há contradição entre os princípios de limitação e legitimação do direito processo penal. Não se pode taxar a Constituição de libertária e autoritária ao mesmo tempo. Na verdade, as restrições são estabelecidas reciprocamente, com a finalidade de alcançar um sistema penal equilibrado, proporcional, que tanto não se exceda nos direitos fundamentais do cidadão, quanto

¹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, 140.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

¹⁴² ob. cit. p. 197.

não seja insuficiente na proteção dos direitos fundamentais dos agredidos. O processo penal tem, assim, uma função individual e social.

Exige-se, portanto, dos interpretes autênticos, um novo olhar sobre o que podemos denominar de função social do processo penal, que não seja voltado, exclusivamente para, o indivíduo-acusado, mas também para a vítima e para todos os cidadãos, ao garantir um instrumento que realize uma existência livre e pacífica entre os membros da sociedade. Nesse plano, o paradigma do Estado Democrático impõe a adoção de uma função social do processo penal que se preocupe em possibilitar aos cidadãos a fruição dos seus direitos fundamentais, isto é, que transcenda a mera esfera de proteção individual do réu para uma posição de tutela dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Em resumo, conforme anota Ingo Sarlet, a sobrevivência do garantismo rejeita tanto um minimalismo penal unilateral e cego, preocupado unicamente com o réu, com uma interpretação que desatenda os limites do estritamente necessário. É no equilíbrio dessas funções que residirá o êxito do garantismo integral.¹⁴³

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 5 de agosto de 2009.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

4.1 Noções introdutórias

No capítulo anterior, pode-se observar que uma intervenção penal que leve em consideração ambas as funções dos direitos fundamentais, isto é, como direitos de defesa do réu e como deveres de proteção da vítima e da comunidade, pode ser aceita como compatível dentro de um projeto do garantismo integral.

No aspecto do dever de proteção do direito fundamental, tem-se que, como consequência natural, a eficiência da medida constitucionalmente requerida integrará o conceito desse dever, pois não faz qualquer sentido tomar medidas ineficientes.

Com efeito, a disciplina jurídica dada a determinada situação que envolva a aplicação do direito penal não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de proporcionalidade no aspecto da proibição do excesso; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição, naquilo que vem se denominando de proibição da proteção deficiente.¹⁴⁴

Assim sendo, além de não poder exceder o âmbito de proteção dos direitos fundamentais na faceta negativa, o Estado fica obrigado a não atuar de modo insuficiente na proteção dos direitos dos sujeitos agredidos pelo crime.

Portanto, aborda-se, nesse capítulo, a questão da proibição da proteção deficiente como *standard* interpretativo que tem por finalidade delimitar um padrão mínimo de eficiência dos atos normativos e das interpretações operadas pela prática processual penal.

Importa comentar desde logo, na esteira de Maria Luiza Streck, que o princípio da proibição da proteção deficiente ainda se ressentir de uma elaboração

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.

dogmática mais consistente, tal qual a já realizada pelo princípio da proibição do excesso. Aliás, como mostra a autora existe uma espécie de congruência entre o que ela chama de faces da proporcionalidade. Nos seus termos, a face da proibição deficiente encontra-se contida pela outra faceta, pois não deixaria de ser um excesso de arbitrariedade estatal negativa.¹⁴⁵

No mesmo sentido da autora, Ingo Sarlet nos diz que:

No que diz com a proibição da insuficiência, verifica-se a ausência (pelo menos ainda) de uma elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida quanto a registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade compreendido como proibição de excesso, o que encontra sua explicação, tanto no caráter mais recente da utilização – especialmente no plano jurisprudencial – da noção de proibição de insuficiência (que, em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada como um desdobramento da ideia de proporcionalidade tomada em sentido amplo), quanto pelas resistências encontradas em sede doutrinária, já que ainda elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação de insuficiência.¹⁴⁶

Destarte, em razão do escasso tratamento doutrinário que vem sendo dado até o momento sobre o assunto, tal como observado por constitucionalistas de peso como é o caso de Ingo Sarlet, referida constatação obriga a advertir, desde logo, que o propósito do estudo se apresenta modesto, consistindo basicamente em expor as principais formulações teóricas recentemente realizadas pela doutrina e pela jurisprudência, não se furtando, porém, em elaborar um conceito de eficiência no processo penal.

4.2 O princípio da proteção da proibição deficiente: o outro lado do princípio da proporcionalidade

Sabe-se, em princípio, que a máxima da proporcionalidade tinha como conteúdo tão-somente a ideia de proibição à ação estatal excessiva limitadora de direitos fundamentais. No início, portanto, o objetivo primordial do princípio era

¹⁴⁵ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 104.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo. *Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanentemente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos*. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org). *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 125.

fornecer um padrão de proibição de excesso, constituindo uma barreira defensiva contra condutas abusivas.¹⁴⁷

Conforme se viu, na quadra da história em que se originou a noção de proporcionalidade na faceta da proibição de excesso, mais precisamente com advento do Estado Liberal, os direitos fundamentais eram vistos como direitos de defesa do cidadão em face do Estado, considerado naquela época, um ente “mau” e “opressor”, que deveria ser controlado e vigiado.

Entretanto, foi visto, posteriormente, que o Estado passou a assumir outras roupagens e, por conseqüência, finalidades diferentes da estabelecida inicialmente quando do surgimento do Estado Liberal. No exame da realidade, chegou-se à constatação de que as agressões aos direitos fundamentais partiam não só do Estado, mas, também, dos próprios particulares ou de outros agentes sociais. Por essa razão, foi-se construindo a ideia de que, ao contrário de ser o único inimigo, o Estado passaria a ostentar um lugar de destaque na proteção dos direitos fundamentais violados.

Diante de uma postura inicial de abstenção, própria da noção de proporcionalidade na dimensão clássica da proibição de excesso, o Estado agiria na tutela positiva dos direitos fundamentais, ficando ao seu encargo a tarefa de empreender prestações de fazer no sentido salvaguardar os particulares de agressões entre si.

Nessa senda, quanto ao Estado ser inimigo, e, ao mesmo tempo, amigo dos direitos fundamentais, Dieter Grimm observa que este se encontra:

De um lado, possuindo o monopólio da força legítima, o Estado é considerado um inimigo em potencial dos direitos fundamentais (...). Por outro lado, devendo sua existência ao fato de que a vida, a liberdade e a propriedade são constantemente ameaçadas e devem ser asseguradas por

¹⁴⁷ Para uma análise densa sobre o princípio da proporcionalidade no processo penal, conferir PACHECO, Denílson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

uma autoridade pública poderosa, o Estado é o amigo dos direitos fundamentais.¹⁴⁸

A partir da proteção estatal integral de direitos fundamentais, que combina ações negativas e positivas de tutela, tem-se que o Estado descumprirá a função não só quando atuar arbitrariamente na esfera jurídica do cidadão, excedendo-se na restrição aos direitos fundamentais, bem como na hipótese de não atuar ou quando atuar de modo *deficiente/insuficiente* no exercício da defesa dos direitos individuais, não assegurando minimamente as garantias constitucionais.¹⁴⁹

Quanto ao último aspecto da exigência de uma proteção ativa suficientemente apta a garantir minimamente os direitos fundamentais, a doutrina vem a conceituando de princípio da proibição da proteção deficiente.

Vê-se, então, a importância da proteção da proibição deficiente para a adequada realização do projeto garantista integral. Consoante essa segunda face da proporcionalidade, o Estado atuará arbitrariamente quando tendo o dever de agir na tutela de determinado direito fundamental, deixa de fazê-lo ou o faz de modo insuficiente, deixando a mercê o bem jurídico abrangido pelo conteúdo do direito fundamental. A proibição deficiente encerra, nesse ponto, uma “aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma omissão, total ou parcial – vulnera um direito fundamental”.¹⁵⁰

Em outros termos, Dieter Grimm ensina que o princípio da proibição da proteção deficiente sinaliza que o dever de proteção estatal proíbe não apenas o “*ir longe demais*”, referindo-se claramente ao excesso de ação estatal, mas, igualmente, o “*fazer muito pouco*”, querendo explicitar que há um limite mínimo o

¹⁴⁸ GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 160.

¹⁴⁹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92.

¹⁵⁰ FELDENS, Luciano. *A Conformação Constitucional do Direito Penal: Realidades e Perspectivas*. (In): SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 851.

qual não pode ser ultrapassado, sob pena de ensejar no que ele denomina de infraproteção do direito fundamental.¹⁵¹

Observa-se, assim, que a existência do dever estatal de tutela dos direitos fundamentais tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade albergue, ao lado do já tradicional proibição de excesso, a chamada “proibição de infraproteção ou de proteção deficiente a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”.¹⁵²

Para Maria Luíza Streck mostra que a dupla face da proporcionalidade obriga que o espaço de atuação do legislador estaria entre dois limites, no caso:

a proibição de proteção contra os excessos praticados contra o indivíduo (nesse caso, a proteção é em favor do indivíduo) e a proibição de proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado (nesse caso, a proteção é do restante da sociedade ou de indivíduos isoladamente).¹⁵³

O recurso à proibição da proteção deficiente pretende, assim, identificar um padrão mínimo das medidas estatais com vistas aos deveres de tutela, pois reconhecido que pesa sobre o Estado o dever de proteção de direitos fundamentais, é lógico que esse limite de eficácia integra esse conceito, uma vez que não faz sentido exigir medidas ineficazes.

Luís Roberto Barroso estabelece, a partir da Constituição como fonte legitimadora do direito penal, o princípio da proibição deficiente como parâmetro para aferir a validade de atos estatais de proteção dos direitos fundamentais:

O Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não-tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência.¹⁵⁴

¹⁵¹ GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 162.

¹⁵² FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre, 2005, p. 108.

¹⁵³ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.104.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 381.

Na doutrina internacional, Bernal Pulido considera o princípio da proporcionalidade como fonte do princípio da proibição da proteção deficiente. Nessa segunda variável, a proibição da insuficiência supõe interpretar os direitos fundamentais de proteção como princípios e aceitar que deles se deriva a pretensão *prima facie* de que o legislador garanta na maior medida possível o controle penal, objetivando-se, dessa forma, determinar se as omissões parciais ou totais constituem violações destes direitos.¹⁵⁵

Com bastante acuidade, Maria Ferreira da Cunha embora não faça referência expressa ao princípio da proibição da proteção deficiente, expõe que para a defesa do cidadão e da sociedade não basta a mera omissão estadual, mas a adoção de medidas positivas:

Mas, por outro lado, preocupada com a defesa activa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais, para serem efetivamente tutelados, podem não se bastar com a mera omissão estadual, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma actuação estadual no sentido protector dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra). Digamos que se deixa de encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para se passar a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento ou, numa outra expressão desta mesma idéia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado.¹⁵⁶

O reconhecimento da obrigação de o Estado adotar medidas de carácter penal se deu no âmbito da jurisprudência internacional, mais precisamente no Tribunal Constitucional alemão em 25 de fevereiro de 1975, no caso que ficou conhecido como “Aborto I”, ocasião em que decidiu acerca da necessidade de se conferir proteção penal à vida intra-uterina.¹⁵⁷

Mas foi apenas no julgamento do Aborto II [BverfGE 88, 203], de 28 de maio de 1993, que a jurisprudência reconheceu o princípio da proteção deficiente. Na ocasião, afirmou o Tribunal que:

¹⁵⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 827.

¹⁵⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Coleção Estudos Monográficos. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 273.

¹⁵⁷ SCHWABE. Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 266-267.

O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem – considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição da insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva. A proibição de insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente. Para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas.¹⁵⁸

Analisando a jurisprudência constitucional alemã, Lenio Streck enfatiza que na Alemanha há uma nítida distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) – funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. Ressalta o professor:

assim, para uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção.¹⁵⁹

Para Maria Streck, foi a partir desse momento que os juízes estabeleceram a proibição deficiente como forma de efetivar e cumprir os deveres de proteção dos direitos fundamentais.¹⁶⁰

Assim sendo, o princípio da proibição deficiente diz respeito à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, demandando uma atuação positiva do Estado para o integral desenvolvimento dos direitos. Nessa ordem, para Feldens a proibição da proteção deficiente funciona:

como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de

¹⁵⁸ SCHWABE. Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig *et al.* Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 208.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. 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”? Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2009.

¹⁶⁰ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.100.

constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável dignidade constitucional.¹⁶¹

Em resumo, nos termos da proteção deficiente, o Estado não pode ficar aquém do mínimo necessário para a defesa dos direitos fundamentais, podendo essa tutela ser exercida através de sistemas preventivos e sancionatórios. Com efeito, o Estado dispõe de medidas administrativas, cíveis e penais voltadas à salvaguarda dos direitos fundamentais, dependendo a escolha da sanção da natureza do bem violado, gravidade da conduta lesiva e da *eficiência* da proteção. E dentre esses mecanismos avulta em importância o sistema penal, pois embora interfiram na liberdade do cidadão, elas fazem parte do arcabouço de instrumentos que protegem efetivamente os direitos fundamentais.¹⁶²

O próprio direito e processo penal assumem uma dupla face. Se, de um lado, é uma arma nas mãos do Estado, por conterem sanções que interferem nos valores fundamentais da pessoa, por outro lado, é imprescindível para a defesa de direitos essenciais à vida do homem em sociedade, pois:

cabe à lei penal, desde os primórdios e também atualmente, proteger os fundamentos de um convívio social ordenado (...) ele é utilizado 'como ultima ratio' desta proteção, quando uma determinada conduta, ultrapassando sua proibição, for especialmente danosa para a sociedade e insuportável para o convívio das pessoas, sendo por isso sua prevenção especialmente urgente.¹⁶³

Dessa forma, o direito penal e o processo penal embora visem limitar a arbitrariedade estatal, também atuam como importantes mecanismos de proteção de direitos fundamentais contra transgressões de terceiros, principalmente quando a violação for grave e não houver outra medida eficaz para resolução do conflito.¹⁶⁴

¹⁶¹ 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, 2008, p. 92.

¹⁶² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Coleção Estudos Monográficos. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 286.

¹⁶³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Coleção Estudos Monográficos. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 272.

¹⁶⁴ GONÇALVES, Luiz Carlos do Santos Gonçalves. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 65.

Exaustivamente demonstrada a necessidade da tutela penal, é evidente que essa não poderá ocupar um patamar inferior na defesa do direito fundamental, pois, conforme vem se defendendo ao longo do estudo, não faz sentido impor ao Estado uma obrigação constitucional de criminalizar e não exigir que essa imposição atenda a padrões mínimos de eficiência. Nesse contexto, Maria Streck defende que o:

Estado na esfera penal (e também em outras áreas) poderá frustrar o seu dever de proteção deixando de atuar de modo eficiente na garantia dos direitos fundamentais, ou seja, ficando aquém dos níveis mínimos exigidos pela Constituição ou até mesmo deixando de atuar de qualquer forma.¹⁶⁵

Nessa mesma trilha, da necessidade de uma proteção eficiente no processo penal, Figueiredo Dias, desde 1974, já assinalava que o Estado não pode se *demitir* ou mesmo *negligenciar* no exercício do seu poder de perseguir e punir o criminoso, deixando claro para nós a existência de um dever de tutela e de realização da justiça penal:

É seguro não poder o Estado demitir-se do seu de perseguir e punir o crime e o criminoso, ou sequer negligenciá-lo, sob pena de minar os fundamentos em que se assenta a sua legitimidade. Daquela função de protecção da ordem social (de protecção da vida comunitária do homem) advém por conseguinte ao Estado o *dever de administração e realização da justiça penal*.¹⁶⁶

É importante perceber e dizer que esse dever de tutela não vincula apenas o legislador, limitando o seu agir até um grau suficiente e adequado de proteção. No plano jurisdicional, a adoção da proibição deficiente autoriza:

o afastamento, por invalidez, de normas que introduzam, em um determinado ordenamento “posto” uma situação de desproporcionalidade extrema entre os bens jurídicos suscetíveis de proteção, promovendo, em relação àqueles sabidamente mais valiosos, uma hipótese de evidente infraproteção, a ponto de semear (...) um ambiente de notória desproporcionalidade, irrazoabilidade ou mesmo irracionalidade.¹⁶⁷

No âmbito da jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal foi o primeiro órgão jurisdicional brasileiro a fazer uso explícito do princípio da proibição

¹⁶⁵ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 104.

¹⁶⁶ DIAS, Figueiredo. *Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal*. 1 ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1974, p.

¹⁶⁷ FELDENS, Luciano. *Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 110.

deficiente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376. Na oportunidade, o Ministro afastou a aplicação de dispositivo do Código Penal, mais especificamente, o art. 107, VII, que trata da extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com o autor do estupro, em caso de união estável. Conforme restou assentado:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para 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 insuficiente adquire importância naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.¹⁶⁸

Em outra decisão, desta vez tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADIN nº 3.112, trouxe à discussão a proibição da proteção deficiente, aduzindo que cumpre ao legislador ordinário, face ao seu dever de tutela dos direitos fundamentais, criar um sistema protetivo constitucional-penal adequado. Nas palavras do Ministro:

Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbot), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional penal-adequado.

Diante dessas duas decisões do STF, resta claro que a proibição da proteção deficiente tem lastro constitucional, sendo parâmetro de constitucionalidade no controle das normas e das práticas judiciais no exercício da jurisdição penal de tutela dos direitos fundamentais, pois apesar da decisão do Ministro referir-se unicamente ao legislador, a obrigação de criar um sistema penal adequado e suficiente estende-se, igualmente, ao juiz.

Nesse contexto, demonstrada a importância do direito penal na tutela dos direitos fundamentais, compreendendo, ainda, que esse dever não pode ser

¹⁶⁸ Supremo Tribunal Federal. Adin ° 3112. DJ 26.10.07. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10.03.2009.

realizado sem atender a um padrão mínimo de eficiência, passa-se a verificar a incidência da vedação da infraproteção¹⁶⁹ no processo penal.

4.3 A proibição de proteção deficiente no processo penal

Na tarefa de proteção ativa dos direitos fundamentais, o Estado deve adotar todas as medidas suficientes para cumprir o seu dever de tutela penal, incluindo, inclusive aquelas de cunho penal. Em virtude de seu caráter de direito de coação indireta, para que essa tutela atenda a níveis mínimos de eficiência, é indispensável o estabelecimento de normas de procedimento e, também, de interpretações judiciais que atendam ao imperativo constitucional de uma proteção eficiente. Como bem salienta Sarlet:

o Estado- também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais.¹⁷⁰

Assim, perante o direito fundamental à tutela penal adequada e suficiente, tem-se como conseqüência inexorável o direito a um procedimento penal, igualmente, adequado e suficiente. Há, portanto, entre o direito penal e o processo penal uma relação de mútua referência e complementaridade, uma vez que o direito penal é impensável sem o processo penal e vice-versa. Nesse sentido, o direito penal não pode ser pensado sem o processo penal, na medida em que os dois ramos são imprescindíveis para a boa realização da política criminal do Estado, constituindo ambos, em que pese a autonomia científica, uma unidade jurídica com fins comuns.¹⁷¹

¹⁶⁹ O princípio da proibição da proteção deficiente é também conhecido como “proibição da insuficiência”, “proibição de defeito” ou “princípio da infraproteção”. Os termos dão conta do mesmo fenômeno, e por essa razão, serão usados indistintamente ao longo do estudo.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 120.

¹⁷¹ FERNANDES, Fernando. *Processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2001, p. 37.

Desse modo, o Estado, no exercício do poder de punir, concretizado pelo processo, deve obediência aos postulados da proporcionalidade em sua dupla face, ou seja, o processo penal tanto é guiado pela proibição de excesso quanto pela proibição da proteção deficiente. Além de não interferir excessivamente nos direitos fundamentais do réu, os órgãos estatais ficam obrigados a atuarem abaixo do limite mínimo necessário para a proteção integral do direito da vítima e da sociedade.

Por isso, a proibição de proteção deficiente tem normal aplicação no processo penal. Isso porque, apenas a consideração desse lado oculto da proporcionalidade na prática processual penal tem a aptidão de atender amplamente os objetivos do modelo garantista integral. Nesse passo, o processo protege tanto o réu quanto a vítima e a sociedade, sendo, nesse último, instrumento de combate ao crime.

Por essa razão, todo ato normativo ou pronunciamento judicial somente será constitucional quando atender, integralmente, o princípio da proporcionalidade na face da proteção deficiente. A proibição de proteção deficiente visa estabelecer um parâmetro interpretativo de controle contra medidas processuais que se mostrem ineficazes na tutela dos direitos fundamentais do réu e da sociedade.

Diante disso, torna-se imprescindível a existência de leis processuais adequadas e suficientes voltadas para uma integral tutela dos direitos fundamentais, pois de nada adiantará o Estado criar tipos penais e não dispor de dispositivos de organização e de procedimento que concretizem efetivamente essa proteção.

O processo penal configura mecanismo de suma importância na proteção penal dos direitos fundamentais, uma vez que fixado o direito fundamental de proteção penal material, sua consequência, no plano processual, será o direito fundamental procedimental ao processo penal eficiente.¹⁷²

Assim, atender-se-á à dupla face da proporcionalidade quando o processo penal traduzir um equilíbrio entre as garantias do réu e os interesses da vítima e da comunidade em ver o autor do crime punido. Em relação ao réu, quando

¹⁷² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 55.

respeitado os seus direitos processuais, e quanto à vítima e a sociedade quando o processo realiza uma justiça criminal eficiente.¹⁷³

No que tange à importância de um sistema penal eficiente, Copetti comenta que não é desejável um modelo penal mínimo ou mesmo a sua abolição, na medida em que isso pode servir a uma atuação distanciada da Constituição e do Estado Democrático de Direito.¹⁷⁴

A dupla face da proporcionalidade projeta no processo penal uma dupla instrumentalidade. Em primeiro lugar, na viabilização das garantias do réu e, em segundo plano, como instrumento eficiente na proteção dos direitos do lado ofendido pelo crime. Destarte, a lei processual penal deve ser estabelecida e interpretada de forma a compatibilizar os direitos em jogo, permitindo uma proteção integral dos direitos fundamentais.

Desta feita, na condução do processo penal, o juiz deve ser garantista e eficiente ao mesmo tempo, ou seja, sem abuso e sem ser insuficiente ou omissivo.¹⁷⁵ Deve estar comprometido com as garantias do réu e com os direitos à segurança da vítima e da comunidade. Nesse sentido, o processo não pode ser desenvolvido pelos rigores empreendidos na persecução criminal nem pelo excesso das ideias garantistas, sob pena de suprimir a imprescindível harmonia que deve imperar entre os princípios ora colidentes, sendo a colisão entre o princípio punitivo e o princípio instrumental garantista é da essência de uma persecução criminal constitucionalizada.¹⁷⁶

Nesse momento é importante referir que a existência de um processo penal eficiente não significa a fragilização das conquistas históricas do direito no plano da defesa dos direitos fundamentais do réu. Pretende-se com a sustentação de mecanismos mínimos de efetividade da jurisdição penal é não transformar tais

¹⁷³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

¹⁷⁴ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 79.

¹⁷⁵ JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

¹⁷⁶ PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 165.

conquistas em direitos absolutos, tornando letra morta o direito à defesa dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade.

Do exposto, resta estabelecido que a proibição da proteção deficiente tem assento constitucional. Porém, a dificuldade reside em se saber quando o processo está sendo conduzido de forma eficiente ou não. Por tal razão, no capítulo seguinte elenca-se uma série de situações pontuais em que se poderá visualizar mais facilmente a problemática do cumprimento ou não da face positiva da proporcionalidade.

Entretanto, antes disso tentar-se-á traçar alguns parâmetros básicos sobre a real noção de eficiência no processo penal, ressaltando, desde logo, para espancar qualquer dúvida ou histeria, que o conceito de eficiência não se confunde com a perseguição insana de resultados condenatórios.

4.3.1 Uma proposta de conteúdo do princípio da proibição deficiente no processo penal

Observou-se que são dois os objetivos constitucionais do processo penal: garantir a liberdade do réu e os direitos fundamentais da vítima e da comunidade. Perante essa dupla finalidade, o processo ideal é aquele que equilibra as faces da proibição do excesso e da proibição da insuficiência, isto é, um processo que não se exceda nos direitos do pólo passivo da acusação e que não fique aquém do mínimo necessário para a tutela dos particulares agredidos pela infração penal. Um processo atento à liberdade e à segurança contra as omissões ou comportamentos estatais insuficientes¹⁷⁷.

Se por um lado, contra os arbítrios do *jus puniendi* (proibição do excesso) há uma sólida e desenvolvida elaboração dogmática, por outro, quanto ao real significado e extensão da noção de eficiência no processo penal, a carência é notória. Com efeito, embora já sedimentado o cabimento da proibição de

¹⁷⁷ Em igual sentido, FERNANDES, Fernando. *Processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2001. pp 9-10: “ o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar normas do direito repressivo necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade”.

insuficiência, dissensos existem quanto à questão do que realmente quer dizer eficiência no processo penal.

Porém, antes de esboçar uma contribuição acerca dos possíveis critérios referente à existência de um processo penal eficiente, considera-se importante expor, ainda que resumidamente, a tese elaborada por Luciano Feldens sobre como aquilatar se determinado ato estatal fere ou não o princípio da proibição da proteção deficiente.

4.3.3.1 Critério de Luciano Feldens para a avaliação da insuficiência do dever estatal de proteção

Para Luciano Feldens, são duas basicamente as linhas teóricas que realizam a tarefa de analisar a suposta infraproteção de uma determinada medida estatal: a faticidade e a normatividade. Diante dessas duas bases, Feldens doutrina que para a aferição do grau de eficiência, o intérprete deve partir de dados empíricos idôneos que permitam demonstrar a insuficiência de determinados atos, bem como avaliar a legislação questionada no contexto do ordenamento jurídico e da Constituição Federal. Nas suas palavras:

Cuida-se de estabelecer um juízo de necessidade de proteção jurídico-penal realizado a partir de dados empíricos idôneos (faticidade) que permitam demonstrar a insuficiência de medidas sancionadoras menos lesivas à tutela do bem jurídico em evidência. Tal critério se conforma a um segundo (normatividade), consistente em perspectivar uma dada medida legislativa penal (aquela que tem sua legitimidade constitucional questionada) no contexto do próprio ordenamento jurídico-penal como um todo (coerência horizontal), bem como em face das referências axiológico-normativas vertentes da Constituição (coerência vertical); é dizer, a partir de uma avaliação acerca da coerência orgânica do sistema normativo.¹⁷⁸

A partir dessas duas perspectivas, Luciano Feldens acredita ser possível evidenciar a insuficiência dos deveres de proteção em matéria penal. De fato, no exame da realidade fática e da legislação penal em vigor, conclui o doutrinador estar o intérprete municiado de elementos a permitir um satisfatório controle material sobre a ideia de tutela penal eficiente.

¹⁷⁸ FELDENS, Luciano. *A Conformação Constitucional do Direito Penal e Perspectivas*. (In): SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 852..

4.3.3.2 Processo penal eficiente quanto aos meios processuais e não quanto ao resultado condenatório

Sabe-se que é dever do Estado constituir um processo penal que garanta, com um grau mínimo de eficiência, proteção aos direitos fundamentais da vítima e da comunidade. Em outras palavras, no campo da intervenção penal obriga-se, a tutela jurisdicional obriga em face da proibição de proteção insuficiente, a não agir abaixo dos limites necessários à proteção dos direitos.

Nesses termos, a noção de eficiência no processo penal pode ser estabelecida, em um primeiro momento, a partir da criação de atos processuais como meios adequados e minimamente necessários para se alcançar uma tutela jurisdicional justa e eficaz, com a real capacidade de evitar a prescrição e a absolvição do réu por insuficiência de provas¹⁷⁹. Nota-se, destarte, que eficiência não se mede pelo número de condenações, mais precisamente, o processo penal eficiente não se confunde com a noção de resultados favoráveis à acusação, mas sim quanto à existência de atos processuais que possam impedir a sua extinção anômala.

Por isso, pode-se afirmar que proibição insuficiente no processo resta atendida quando da criação de atos e de procedimentos que possam permitir uma rápida solução do caso penal, a excluir a possibilidade da prescrição, e, igualmente, forneça meios eficazes de obtenção de prova no sentido de evitar absolvições baseadas na insuficiência de provas.

Calha observar que não basta a existência de atos e procedimentos penais, obrigação primeira do Poder Legislativo. Há que se dizer que esse dever de proibição insuficiente no processo penal projeta-se também para o aplicador. No momento da interpretação, tendo o juiz a obrigação de conferir às leis processuais um sentido que seja consentâneo com a ideia de eficiência.

Portanto, o dever constitucional de proteção jurídico-penal exige do Poder Judiciário a prestação de uma tutela processual efetiva, consistente na

¹⁷⁹ As causas de absolvição do réu por insuficiência de provas estão dispostas no inciso VII, do art. 386, do Código de Processo Penal: “VII – não existir prova suficiente para condenação”.

apreciação do caso penal em tempo hábil e razoável e, em sendo o caso, a punição do transgressor¹⁸⁰. Dessa forma, não basta a existência de todo um arcabouço normativo afinado com a proporcionalidade na face da proteção deficiente se o juiz, ferrenhamente arraigado à tese do garantismo negativo, dar interpretações extremamente limitativas a esse dever de tutela eficiente.

Não resta a menor dúvida que processo penal eficiente não se confunde com a produtividade de condenações, em uma lógica economicista de estatísticas. O fim perseguido pela eficiência não diz respeito ao alcance de sentenças condenatórias, mas sim a meios processuais aptos a impedir resultados indesejados, que configuram, em verdade, uma verdadeira denegação de justiça

Explicando melhor, o grau de eficiência do processo penal será avaliado pela capacidade dos atos e dos procedimentos aptos a, em um tempo razoável, a verdade sobre os fatos denunciados pelo Ministério Público. Para essa concepção, portanto, eficiente será aquele processo que conjuga duração proporcional do procedimento e meios probatórios suficientes para estabelecer a autoria e materialidade das infrações penais.¹⁸¹

Assim, na esteira de Luis Flávio Gomes, Molina e Aline, o grau de efetividade do direito penal depende da persecução criminal, asseverando que o sistema entra em crise quando o delito não é perseguido ou não é provado, justamente os resultados que entendem como os objetivos almejados pela eficiência no processo penal. Quanto a isso, comentam que:

de fato, o grau de efetividade (vigência material) das normas penais depende, sobretudo, da intensidade da persecução processual, da prova etc. O sistema punitivo entra em crise quando o delito não é denunciado ou não é perseguido ou não é provado.

Desse modo, em resumo, entende-se que a proporcionalidade tem por norte, na faceta da proibição da insuficiência, verificar a eficiência mínima dos meios quanto a um processo penal que garanta celeridade e verdade. Em outros termos,

¹⁸⁰ 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, 2008, p. 80.

¹⁸¹ GOMES, Luis Flávio (Cord.); MOLINA, Antônio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. v.1. São Paulo: RT, 2007, p. 72.

um procedimento que, em tempo razoável, possibilite aos órgãos de acusação, alcançar um resultado justo.

4.3.3.3 Processo penal eficiente como direito fundamental e humano a um procedimento penal célere em prol da vítima e da comunidade

A celeridade processual é um dos pontos-chave para compreensão e a elaboração de um processo penal eficiente, uma vez que a demora na entrega da prestação jurisdicional constitui um dos maiores entraves para o funcionamento do controle penal. O tempo é, pois, elemento constitutivo e indispensável do processo. A sua consideração consubstancia um dos principais aspectos na caracterização de um sistema penal eficiente. Desse modo, é fora de dúvida que o desenvolvimento do procedimento além do tempo necessário viola o dever estatal de proteção jurídico-penal eficiente.¹⁸²

Há, de fato uma relação indissociável entre a eficiência do processo e o direito à razoável duração do processo¹⁸³. Walter Nunes, por sua vez, salienta que a celeridade é uma espécie de *conditio sine qua non* a um processo criminal eficiente. Para o autor, a eficiência da justiça criminal passa, necessariamente, pela celeridade com que tramitam os processos, haja vista que, tendo como um dos seus escopos a segurança social, o processo penal precisa ser orientado à rápida solução do problema levado a julgamento pelo Judiciário.¹⁸⁴

Diante dessa perspectiva, a positivação constitucional do direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) implica a obrigação do Estado em adotar medidas processuais que realizem esse objetivo, conferindo ao cidadão o direito subjetivo de exigir dos Poderes Públicos a criação de medidas destinadas à concretização do direito. Nesse passo, o processo deve estar munido de

¹⁸² Sobre a aplicação da duração razoável ao processo penal, consultar: HAMILTON, Sergio Demoro. *A razoável duração do processo e seus reflexos no processo penal*. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁸³ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 546.

¹⁸⁴ JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2008, p. 455.

procedimentos e atos processuais adequados a viabilizar uma rápida solução do litígio, de modo a evitar, dentre outros efeitos indesejados, a prescrição.¹⁸⁵

No campo do processo penal, nota-se claramente uma preferência em conceber a celeridade como garantia do réu. Nesse sentido, expressivos são os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, o do devido processo legal, o da presunção de inocência e o da razoável duração do processo. A demora na instrução e no julgamento de ação penal desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal.¹⁸⁶

Em outra situação, a Corte decidiu que:

O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu -, tradução situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.¹⁸⁷

Não temos dúvidas em afirmar que a razoável duração do processo se aplica ao réu. Entretanto, enfatiza-se, como consequência do modelo garantista integral defendido ao longo do estudo, que o princípio da celeridade processual é titularizado por todos os cidadãos envolvidos no caso penal: não apenas o acusado, mas, também, a vítima e os demais participantes da sociedade. Diríamos, assim, que a questão do prazo na duração do processo pode e deve ser visto, igualmente, do ponto de vista do ofendido pelo crime.

¹⁸⁵ Além do perigo da prescrição, a demora no processamento penal pode acarretar também sérios riscos à atividade probatória. Com efeito, o tempo pode apagar a memória das testemunhas e os vestígios materiais do crime, trazendo problemas para a eficácia das provas, podendo ocasionar um outro efeito indesejado, qual seja a absolvição do réu em virtude da insuficiência do quadro de provas.

¹⁸⁶ Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 86.915*. Tribunal. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 21 de fevereiro de 2006. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10 abr. 2010.

¹⁸⁷ Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 85.237*. Tribunal. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 17 março de 2005. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10 abr. 2010.

Desse modo, na visão de Bedê e Senna, um processo penal sem dilações indevidas constitui um direito fundamental do ofendido, Estado e da coletividade. Para o ofendido, porque com a resposta rápida e eficaz, “mais cedo terminará o drama desse sujeito quase sempre esquecido nos processos criminais”, permitindo-se que ele retome a confiança no funcionamento da máquina estatal, diferentemente dos casos em que o processo penal se arrasta, pois se trata de “fator que dissemina e perpetua a sensação de impunidade para o ofendido”. Quanto ao Estado, prosseguem os autores, “é fundamental para transmitir ao jurisdicionado que o aparelho estatal está operando com eficiência, que é um dever que lhe cabe”. Por último, quanto à coletividade, a justiça penal célere é vital para “alcançar a tão desejada paz social”.¹⁸⁸

No âmbito do direito internacional, o direito à razoável duração do processo penal em favor da vítima de crime tem tido a chancela da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. A título de ilustração, em respeito ao dever dos Estados em investigar e processar os fatos criminosos, a CIDH advertiu, no exame do “*Caso Damião Ximenes versus Brasil*”, que o Estado deve garantir um processo célere que investigue e sancione efetivamente os responsáveis pelos crimes.

Em outro caso que ficou bastante conhecido no cenário jurídico nacional, o famoso “Caso Maria da Penha”, desta vez a Comissão recomendou, dentre outras medidas para reprimir situações de violência contra a mulher, que o Brasil providenciasse um processo penal rápido e efetivo.

De se ver, no entanto, que inúmeras e complexas são as possibilidades de implementação de um processo penal célere em função do agredido pelo crime.

Ao pretexto de exemplificar, a concentração da instrução probatória em uma única audiência pode ser uma medida eficiente para a aceleração constitucional

¹⁸⁸ JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 255-256.

do processo. Tanto que Gilmar, Coelho e Branco louvam a inovação processual consistente na *audiência una* introduzida no art. 401, §1º, do CPP, pela Lei 11.719/08, como uma adaptação da legislação processual às novas exigências de celeridade na duração dos processos. Para esse setor da doutrina, a possibilidade das provas serem produzidas em uma só audiência torna a apreciação judicial muito mais célere, o que dá maior efetividade ao dispositivo constitucional (art. 5º, LXXVIII).¹⁸⁹

Em outra medida, Gomes Canotilho assevera que a criação de procedimentos prioritários de natureza penal pode assegurar a proteção eficaz de direitos, garantias e liberdades.¹⁹⁰ Tocante a essa lição do autor lusitano, como forma de concretizar o comando inserto no art. 5º, LXXVIII, CF, podemos estabelecer prioridades de tramitação de processos em favor de determinadas vítimas, tal como se estabelece nos processos com réu preso e de *habeas corpus*.

É com base nessas ideias que, em casos que abrangem, v.g, a prática de crimes hediondos, tráfico de drogas, meio-ambiente, crimes contra a administração pública, contra a ordem tributária, corrupção, pedofilia, ilícitos envolvendo organizações criminosas, crimes contra idosos, a prioridade no processamento e no julgamento nas varas criminais pode constituir um importante instrumento no alcance da eficiência.

Medida processual que pode ser tomada para um processo penal célere está consubstanciada na presença de atos processuais que impeçam dilações indevidas praticadas pelo abuso do direito de defesa, como é o caso, por exemplo, do indeferimento de provas inúteis e protelatórias.

É preciso destacar que o direito fundamental da duração razoável do processo *pro societate* não se confunde com “justiça acelerada”. Com efeito, conforme magistério de Canotilho, processo penal sem dilações indevidas não implica na diminuição das garantias processuais do réu. Não se trata de atropelar os

¹⁸⁹ MENDES; Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 547.

¹⁹⁰ CANOTILHO, JJ GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 506.

direitos e as garantias do acusado, mas de colocar restrições constitucionais ao mau uso do direito de defesa. Por isso, nossa visão de processo penal eficiente não está ligada ao objetivo de permitir uma solução rápida do litígio em favor do ofendido, sem se descuidar, obviamente das garantias do réu.¹⁹¹

4.3.3.4 A necessidade de meios de prova adequados como condição para um processo penal eficiente

Além da duração razoável do processo, a presença de meios probatórios aptos a esclarecer o fato criminoso e a autoria constitui outro importante referencial para a existência de um processo penal eficiente.

É nessa ordem que certo setor da doutrina observa que a estruturação de um procedimento penal justo, eficiente e garantidor dos direitos e liberdades deve ser constituído de fases especiais para que a acusação e a defesa possam provar as suas alegações.¹⁹²

Percebe-se da lição dada, que a eficiência do processo penal depende da existência de meios probatórios com capacidade de demonstrar a veracidade das afirmações feitas pelo Ministério Público, o que, segundo a sua concepção, estará na capacidade de ato processual ou de investigação propiciar a descoberta da fonte, isto é, a autoria e a materialidade.

Assim, para a apuração eficiente dos delitos, é preciso que os meios de investigação e de provas sejam hábeis a demonstrar a veracidade dos fatos narrados na denúncia, principalmente diante do atual contexto da criminalidade, que reclama a premente diretriz de uma variabilidade de procedimentos probatórios diferenciados a depender da realidade criminosa subjacente.

Nessa perspectiva, para Scarance Fernandes o processo penal será eficiente quando permitir às partes provar a veracidade das suas afirmações, evitando-se a existência de dúvidas ao juiz no momento do julgamento, o que vai ao

¹⁹¹ CANOTILHO, JJ GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 498.

¹⁹² FERNANDES, Scarance; ALMEIDA, José Raul Galvão de; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008, pp 15-25.

encontro da nossa compreensão de eficiência no processo penal na linha de impedir a absolvição do acusado por insuficiência do quadro probatório. Nos termos do autor:

como meio destinado a buscar a verdade, quando se desenvolva de modo a permitir às partes, de forma contraditória, evidenciar a veracidade de suas afirmações, e ao juiz, sem perda de sua imparcialidade, esclarecer dúvidas relevantes para julgar. Tudo sem que sejam feridas as garantias fundamentais.¹⁹³

Isso porque, os instrumentos empregados para a apuração dos crimes comuns, previstos no Código de Processo Penal, mostram-se ineficientes quando aplicados à criminalidade organizada.

A partir dessa constatação, pugna-se para uma mudança de paradigma processual, pois o *modus operandi* de disseminação do pavor e intimidação das testemunhas e, também, de autoridades, aliado à existência de equipamentos eletrônicos para dificultar a produção de escutas ou interceptações telefônicas, são medidas que impedem a efetiva obtenção da prova. Como acentua Baltazar Júnior, além da adoção de estratégias como corrupção e intimidação de agentes públicos responsáveis pela persecução criminal:

No âmbito do crime organizado há acentuadas dificuldades probatórias. Algumas decorrem do fato em si de serem os delitos cometidos por uma pluralidade de agentes e por meio de uma organização que traz dificuldades na comprovação da autoria. Além disso, como os delitos são cometidos de forma profissional e visando ao lucro, os agentes preocupam-se antecipadamente em evitar a sua descoberta e em destruir ou dificultar o acesso às evidências, além de criar dados falsos, engendrar álibis, fabricar autores e induzir a falsas confissões.¹⁹⁴

É por essa razão que há a premente necessidade de restrições proporcionais aos direitos fundamentais dos envolvidos com ações típicas da criminalidade organizada para que o Estado possa apurar esses atos de forma mais eficiente, “evitando-se violações aos direitos fundamentais ou a ineficácia estatal na apuração da responsabilidade pela prática desses crimes”.

¹⁹³FERNANDES, Antônio Scarance. *O tempo e o movimento no processo penal: a eficiência e o garantismo em uma visão equilibrada do processo penal*. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 25.

¹⁹⁴ JUNIOR, João Paulo Baltazar. *Crime Organizado e Proibição da Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 168.

Deve-se enfatizar que o resultado pretendido com a eficiência dos meios de provas não é outro senão impedir e/ou reduzir a possibilidade de absolvições fundadas na insuficiência de provas, a partir da constatação de que uma boa formação do conjunto probatório trará ao juiz todos os elementos informativos para uma completa apreciação do caso.

De fato, se temos como um dos fins do processo a solução direta e certa do litígio penal, demonstrando o juiz todas as provas e razões que o levaram a decidir sobre a culpa ou a inocência do acusado, é lógico conferir meios probatórios aptos para o cumprimento de tal objetivo.

Desse modo, a eficiência dos meios de prova tem por objetivo primordial evitar que o réu seja absolvido por insuficiência de provas, pois uma sentença exarada nesse sentido termina por gerar uma crise de crédito ao bom funcionamento do aparelho judicial e, porque não dizer, no descumprimento do dever de proteção penal.

Por fim, como nos diz Carnelutti:

A absolvição por não ter cometido o fato ou porque o fato não constitui delito anula a imputação; com a solução da absolvição por insuficiência de provas, a imputação permanece. O processo não termina nunca. O acusado continua a ser acusado por toda a vida. Não é um escândalo também isto? Nada menos que uma confissão de impotência da justiça.¹⁹⁵

4.4 O princípio da proibição da proteção deficiente do processo penal no direito internacional e o Controle de Convencionalidade

Na atual quadra da história, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos vêm assumindo, gradativamente, uma notável importância no direito constitucional dos países aderentes. Em verdade, a progressiva incorporação das normas internacionais de direitos humanos no constitucionalismo dos Estados

¹⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Traduzido por José Antônio Cardinalli. 6 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 63.

fornece uma espécie de lastro de interconstitucionalidade aos direitos fundamentais, dotando-os de uma maior densidade normativa.¹⁹⁶

É o caso do Brasil. Basta observar que a Constituição Federal de 88 consagra, nas relações internacionais, o primado do respeito aos direitos humanos¹⁹⁷. Com efeito, referido princípio promove a abertura do direito interno aos ditames dos tratados e das convenções internacionais sobre direitos humanos, surgindo, a partir daí, a necessidade de se interpretar o direito pátrio à luz do que preconiza as normas internacionais, tendo em vista que os tratados, uma vez incorporados, passam a integrar e complementar o universo do direito constitucionalmente positivado, formando, então, o que se chama de bloco de constitucionalidade.

Após a edição da Emenda Constitucional nº 45, em que, desde que obedecido o trâmite legislativo das emendas constitucionais, os tratados internacionais que trazem, em seu conteúdo normas de direitos humanos¹⁹⁸, adquirem formalmente o *status* de norma constitucional. Dessa forma, falar que um tratado tem *status* de norma constitucional é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade, ou seja, conforme nos ensina Mazzuoli:

serão paradigma do controle concentrado de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103, da Constituição (v.g, o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, etc.) proponham no STF as ações do controle abstrato (v.g, ADIN, ADECON, ADPF, etc.) a fim de invalidar *erga omnes* as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis.¹⁹⁹

Resulta, portanto, do normativo aos tratados sobre os direitos humanos, alçados à categoria de normas constitucionais, a noção de que os atos dos poderes estatais devem obediência não mais apenas ao que preconiza as normas originalmente previstas na Constituição Federal, mas, também, a um exame de

¹⁹⁶ 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, 2008, p. 100.

¹⁹⁷ Art. 4º, inciso II, CF: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos direitos humanos.

¹⁹⁸ Art. 5º, 3º, CF: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas Constitucionais.

¹⁹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*, v. 4. São Paulo RT, 2010, p. 46.

compatibilidade com documentos internacionais. É o que se denomina, conforme nos aponta Mazzuoli, de uma espécie de controle de convencionalidade das leis, “o qual pode se dar tanto na via de ação (controle concentrado) quanto pela via de exceção (controle difuso)”.²⁰⁰

Para os fins do aqui proposto, analisaremos a seguir alguns tratados mais importantes sobre direitos humanos já incorporados pelo Brasil, para efeito de demonstrar que também no plano internacional, o País se comprometeu a utilizar o direito penal e processo penal como instrumentos eficazes na proteção dos direitos humanos violados no âmbito do território brasileiro. O propósito é reforçar a existência normativa do dever de proteção penal eficiente em terras brasileiras.

4.4.1 Convenção Americana sobre Direito Humanos

Um dos tratados internacionais assumidos pelo Brasil que tem grande impacto no sistema de proteção dos direitos humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 22/11/1969, cuja entrada em vigor seu deu em 1978. Promulgada no Brasil por meio do Decreto n°. 678²⁰¹, esse tratado é um documento regional internacional pertencente aos membros da Organização dos Estados Americanos.

Substancialmente, o tratado reconhece e obriga os Estados-Partes a respeitarem um amplo catálogo de direitos humanos nos limites territoriais da jurisdição de cada Estado-membro, dispostos ao longo da Convenção, embora possa se entender que os dois primeiros artigos constituem a base do Pacto, sendo os demais decorrência direta da enunciação geral realizada pelos iniciais dispositivos.

Com efeito, nos termos do art. 1º, o Pacto institui a obrigação dos Estados de respeitarem os direitos e as liberdades, assegurando o livre e pleno exercício sem qualquer discriminação. Por sua vez, o art. 2º impõe o dever de os Estados

²⁰⁰ ob. cit., p. 63.

²⁰¹ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n° 87.585/TO, afirmou o caráter suprapenal embora infraconstitucional do Pacto de São José da Costa Rica, enquanto não aprovado pela via do art. 5º, §3º, CF.

adotarem todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades nele enunciados.

Assim, na esteira de Feldens, ao aderirem ao Pacto, os países assumem deveres de proteção para tornar efetivos os direitos reconhecidos na Convenção, obrigações reconhecidas como necessárias à investigação e à punição efetiva das pessoas que tenham violado os direitos humanos previstos no documento internacional. Segundo o autor, os Estados são obrigados à

elaboração de uma legislação adequada a promover a dissuasão de atos atentatórios às liberdades fundamentais, bem como uma atuação efetiva (positiva) na investigação desses fatos e, em sendo o caso, na imposição de sanção aos responsáveis pela violação de tais direitos e liberdades.²⁰²

Em verdade, pode-se extrair, diante da dicção do texto normativo contido no art. 1º, 1, Pacto de São José da Costa Rica, a regra de que os Estados têm o dever de respeitar e *garantir* o exercício livre e pleno dos direitos consagrados na Convenção. Por força desse compromisso internacional, a doutrina vem entendendo que os Estados são obrigados a adotar medidas destinadas a prevenir e punir toda e qualquer violação aos direitos humanos previstas na norma internacional. Nesse sentido, segundo a lição de Gomes e Mazzuoli, a locução *garantir* requer uma atuação positiva que traga efetividade à proteção desses mesmos direitos e liberdades, ressaltando, ainda, que todos os poderes estatais podem ser responsabilizados na hipótese de não contribuir para a aplicação prática da Convenção.²⁰³

Em face disso, o Estado assume, perante o Pacto de São José da Costa Rica, obrigações negativas e, também, positivas, relativamente aos direitos humanos previstos na Convenção. Desse modo, além do dever de não violar direitos humanos, atuando negativamente, o Estado incorpora o dever positivo de adotar

²⁰² 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, 2008, p.

²⁰³ GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Penal*, v. 4: Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 22.

medidas afirmativas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela norma internacional.²⁰⁴

O Estado tem, portanto, a partir do Pacto, deveres negativos de não-interferência nos direitos humanos; por exemplo, o dever de não torturar e de não fornecer um julgamento adequado ao acusado e, também, direitos ativos de proteção, não podendo falhar no respeito e na promoção das garantias dispostas na Convenção.²⁰⁵

Como bem enfatizou Feldens, esses deveres de proteção estatal previstos no Pacto também se sujeitam à proporcionalidade na sua dupla face. Para o doutrinador, a proibição de ação estatal excessiva e o seu reverso, a proibição de proteção deficiente, submetem os órgãos estatais à tarefa de tutela dos direitos humanos previstos na Convenção Americana.²⁰⁶

Desta forma, no exercício dos deveres negativos e positivos de proteção dos direitos humanos, os Estados não podem intervir excessivamente no esquema da proibição do excesso e, menos ainda, de se absterem aquém do adequado na tarefa positiva de proteção do direito violado, isto é, violando a proibição da proteção deficiente.

Para demonstrar o dever de tutela ativa e eficiente dos Estados no campo da intervenção penal, decorrentes do Pacto de São José da Costa Rica, é de bom alvitre analisar algumas decisões tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Inicialmente, conforme aponta Piovesan, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão responsável pelo exame dos casos que envolvam denúncias de violação a direito protegido pela Convenção, podendo, se for o caso, determinar medidas para restaurar o direito ofendido, tendo a sua decisão força

²⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional e Internacional*. 9 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 244.

²⁰⁵ ob. cit., p. 246.

²⁰⁶ 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, 2008, p. 100.

jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado infrator o cumpri-la.²⁰⁷ No exercício da jurisdição contenciosa, a Corte Interamericana reconheceu, por inúmeras vezes, a obrigação de o Estado adotar medidas criminais positivas necessárias e suficientes para a integral proteção dos direitos humanos.

No famoso *Caso Velásquez Rodrigues*, referente ao desaparecimento de um indivíduo no Estado de Honduras, após ter sido preso sem qualquer autorização judicial, fato esse ocorrido em um período de extrema violência e de desrespeito sistemático aos direitos humanos, a CIDH condenou o Estado de Honduras ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, asseverando que os Estados têm a obrigação de respeitar e de garantir os direitos humanos, fornecendo todo o aparato governamental capaz de assegurar o livre exercício dos mesmos. Nessa decisão, pontificou a Corte Internacional, como consequência desse dever, que “os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção”.²⁰⁸

Em síntese, a CIDH reconheceu que o Estado encontra-se no:

dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações de direitos humanos, de investigar seriamente com os meios ao seu alcance as violações que tenham sido cometidas no âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma adequada reparação.²⁰⁹

Em outra decisão, no *Caso do Massacre de Ituango*, restou mais uma vez demonstrada a obrigação de os Estados adotarem medidas ativas de proteção aos direitos humanos disciplinados na Convenção. Na ocasião, a Colômbia foi responsabilizada por omissão, aquiescência e colaboração, em razão de não ter esclarecido os fatos, e por não ter procedido ao julgamento efetivo dos

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional e Internacional*. 9 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 259.

²⁰⁸ GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Penal, v. 4: Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp 21-22.

²⁰⁹ (§§ 164/166 e 174)

responsáveis, por uma série de ataques armados ao Município de Ituango, realizada por um grupo paramilitar pertencente à Autodefesa Unida da Colômbia.²¹⁰

Num outro caso de grande repercussão no Brasil, amplamente conhecido como o Caso Maria da Penha (nº 12.051 – 04/04/2001), a Corte Interamericana (CIDH) publicou o Relatório n. 54/01, em que declarou a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro pela violação dos artigos 8, 25 e 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e do artigo 7 da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará).

A decisão da CIDH foi prolatada após denúncia sobre violação aos direitos humanos de Maria da Penha, que sofreu uma tentativa de assassinato por seu então marido Passados mais de 15 anos, o Estado Brasileiro não foi capaz de concluir a investigação e a punição do agressor.

No julgamento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que o Caso Maria da Penha enquadra-se num "padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e condenar os agressores", considerando que não só foi "violada a obrigação de processar e condenar, como também a de prevenir essas práticas degradantes". Segundo o Tribunal Internacional, essa falta de efetividade judicial "cria o ambiente propício à violência doméstica, não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado, como representante da sociedade, para punir esses atos" (parágrafo 56 do Relatório).

Com base nessas considerações, a Corte Internacional recomendou ao Estado Brasileiro que completasse rápida e efetivamente o processamento penal do responsável pela agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia, procedendo a uma investigação séria, imparcial e exaustiva, a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.

²¹⁰ Ver sentença de 4 de julho de 2006, série C n. 149. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf.

A Corte recomendou, ainda, a simplificação dos procedimentos judiciais penais, no intuito de ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo, reconhecendo, assim, que o processo penal deve atender os direitos fundamentais do réu e da vítima.

Considerando a atuação da jurisprudência da CIDH nesses casos, resta consolidada a diretriz interpretativa dos Estados serem obrigados a estabelecerem um processo penal eficiente na defesa dos direitos fundamentais. Segundo a Corte, a adoção de procedimentos investigatórios e de ritos efetivos que permitam a imposição das sanções pertinentes, que promovam a redução do tempo desnecessário no processo e que simplifiquem a marcha processual são medidas necessárias e impositivas para o fiel e efetivo cumprimento dos ditames contidos no Pacto.

Nos termos da CIDH, os Estados são obrigados ao aperfeiçoamento das medidas processuais penais de proteção dos direitos humanos, pois o Pacto traz o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações de direitos humanos, de investigar seriamente com os meios ao seu alcance as transgressões que tenham sido cometidas no âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma adequada reparação.

Nesse contexto, o Pacto de São José da Costa Rica e a sua interpretação realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos²¹¹ reforçam a existência normativa do princípio da proibição da proteção deficiente no direito interno brasileiro, servindo no âmbito da prática do processo penal, como fonte de direito e critério de interpretação, nos termos do que preconiza o art. 3º do Código de Processo Penal.

²¹¹ Vale ressaltar que a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos faz parte do bloco de convencionalidade, isto é, os Estados tem o dever de levar em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte, intérprete autêntico do Pacto de San José. Nesse sentido, com base no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006, MAZZUOLI, Valério. *Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo, RT, 2009, p. 72.

Além da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, percebe-se a existência, em convenções internacionais específicas, da regra da proporcionalidade na faceta da proibição da proteção deficiente.

4.4.2 Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial

Na vertente da proteção estatal repressiva contra todas as formas de discriminação racial, a Convenção estabelece, em seu artigo 2º, alínea “d”, que os Estados condenem qualquer forma de discriminação e comprometam-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminá-la, assegurando a plena igualdade entre as raças. E para cumprir esse fim, cada Estado deverá tomar todas as medidas apropriadas, inclusive, se as circunstâncias exigirem, ações de natureza legislativa penal para proibir e pôr fim às práticas preconceituosas realizadas por qualquer pessoa, grupo ou organização.

Referida Convenção assegura no art. 5º²¹², o direito à segurança da pessoa ou à proteção do Estado contra violência corporal cometida, quer por funcionários do Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição.

Por sua vez, o art. 6º²¹³ obriga o Estado a garantir a qualquer pessoa que esteja sob sua jurisdição proteção e recursos eficazes contra quaisquer atos de discriminação racial que violarem seus direitos individuais e suas liberdades fundamentais.

Diante desse contexto, observa-se que a Convenção obriga os Estados-partes a promoverem a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos sob sua

²¹² Art. 5º, alínea b). “Em conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2º, os Estados-partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: b) direito à segurança ou à proteção do Estado contra lesão corporal cometida, quer por funcionários de Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição”.

²¹³ Art.6º. “Os Estados-partes assegurarão, a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos eficazes perante os tribunais nacionais e outros órgãos do Estado competentes, contra quaisquer atos de discriminação racial que, contrariamente à presente Convenção, violarem seus direitos individuais e suas liberdades fundamentais, assim como o direito de pedir a esses tribunais uma satisfação ou reparação justa e adequada por qualquer dano de que foi vítima, em decorrência de tal discriminação”.

jurisdição, quando sujeitos à discriminação e à violência física em razão da raça, cometidos por agentes estatais, particulares ou mesmo por algum grupo.

Em reforço à proteção que a Convenção dispensa contra a discriminação racial, Piovesan lembra que o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, órgão de supervisão internacional, pode receber e examinar petições individuais que denunciem violações aos direitos assegurados na Convenção. Adverte que para a petição seja admitida, o requerente deverá demonstrar o esgotamento dos recursos internos, salvo quando insuficientes ou injustificadamente prolongados.²¹⁴

Dessa forma, segundo os cânones internacionais, é dever do Brasil criar mecanismos de proteção, o que inclui, por certo, o exercício do *jus puniendi*²¹⁵, dotados de necessária adequação e suficiência na repressão à discriminação racial.

Com efeito, o direito à segurança contra violência física, assegurando-se, assim, ao nacional, o direito a proteção e a recursos eficazes perante os tribunais, com a possibilidade, inclusive, de petição direta ao Comitê Internacional, quando insuficiente as medidas tomadas no direito interno, demonstram, a toda evidência, que o combate ao racismo pelo direito penal e processual penal em terras brasileiras deve total obediência à proporcionalidade na sua faceta da proibição deficiente.

4.4.3 Convenção Internacional sobre a eliminação da discriminação contra a mulher

A Convenção Internacional sobre a eliminação da discriminação contra a mulher se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade da mulher. Nos termos do art. 1º da Convenção, a discriminação contra a mulher significa “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e

²¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional e Internacional*. 9 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 192.

²¹⁵ No direito brasileiro, a CF, em seu artigo 5º, incisos XLI e XLII, estabelece que a “lei punirá qualquer discriminação atentatória das liberdades fundamentais”, determinando que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. No plano infraconstitucional, a Lei 7.716/89 com as alterações promovidas pela Lei 9459/97, são os diplomas legais que dão cumprimento ao estatuído na Constituição Federal.

da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

A Convenção estabelece o dever dos Estados em condenar e eliminar toda forma de violência contra a mulher, não sendo lícito invocar qualquer costume, tradição ou consideração religiosa para afastar suas obrigações concernentes à eliminação dessa violência.

Diante desses deveres de proteção assumidos internacionalmente, os Estados obrigam-se a adotar todas as medidas necessárias a fim de suprimir qualquer ato de discriminação ou violência contra a mulher, comprometendo-se a estabelecer as ações adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis (art. 2º, b).²¹⁶

Nessa linha, o sistema penal, formado pelas normas de direito penal e processual, apresenta-se como uma das ações adequadas e eficazes no combate à violência e discriminação contra a mulher. Assim sendo, nos termos da Convenção, o Estado Brasileiro tem o dever de colocar à disposição das mulheres vítimas de violência medidas legislativas penais e processuais, com um grau mínimo de eficiência. Trata-se, pois, de um dever de proteção eficiente assumido internacionalmente.

Na forma preconizada pela Convenção, o Brasil está obrigado, uma vez mais, ao princípio da proibição da proteção deficiente no processo penal, quando atuar na proteção da mulher. Em verdade, a partir do instante em que assumiu um dever de proteção, vinculando-se a tomar ações positivas na promoção dos direitos fundamentais da mulher, é evidente que essa atividade estatal não pode ficar aquém dos níveis mínimos exigidos pela Constituição.

Em suma, a Convenção estabelece a obrigação da República Federativa do Brasil de adotar normas processuais penais que sejam adequadas e suficientes no combate à violência contra a mulher, deixando implícita, portanto, a submissão à proibição da proteção deficiente.

²¹⁶ Art.2º, b: “adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proibam toda discriminação contra a mulher”.

4.4.4 Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

A Convenção consagra o dever de proteção estatal contra atos de tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, estabelecendo jurisdição compulsória e universal para os indivíduos (art. 5º a 8º), sendo o Estado obrigado a punir os torturadores, independentemente do território onde a violação tenha ocorrido e da nacionalidade do violador e da vítima.

Por sua vez, no que interessa ao objeto do presente estudo, o art. 2º da Convenção traz expressamente o princípio da proibição da proteção deficiente, ao impor a obrigação de os Estados adotarem medidas eficazes a fim de impedir a prática de atos de tortura. Segundo o texto do art. 2º, “cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição”.

Referido dispositivo internacional encontra-se, assim, em perfeita consonância com o desejo dos Estados de tornar mais eficaz a luta contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em todo o mundo, principalmente o Estado Brasileiro, quando ainda se presencia, não raro, atos dessa espécie.

É nesse cenário que o Estado Brasileiro se encontra obrigado a elaborar uma legislação processual penal que seja eficiente contra os atos de tortura praticados em seu território. Nesses termos, a elaboração de procedimentos adequados e suficientes para a punição do infrator, conforme determina a norma internacional, são medidas que demonstram a existência do princípio da proibição da proteção deficiente.

Desse modo, é dever da magistratura brasileira, na condução do processo penal, interpretar e aplicar a jurisdição penal tendo como norte a obrigação de impedir e de reprimir os crimes de tortura, adotando posicionamentos hermenêuticos que promovam o adequado equilíbrio entre os direitos do acusado e o dever estatal de proteção eficiente.

4.4.5 Estatuto de Roma e Tribunal Penal Internacional

Em julho de 1998, na Conferência das Nações Unidas, foi aprovado o Estatuto de Roma, responsável pela criação do Tribunal Penal Internacional, com a finalidade de constituir um tribunal criminal permanente para processar e julgar os crimes praticados contra a humanidade. O TPI nasceu da necessidade do direito internacional, frente às dificuldades enfrentadas em Nuremberg, ser dotado de órgãos e de dispositivos normativos firmes e consolidados, com os quais perseguiria eficientemente os crimes de genocídio e os crimes massivos ocorridos em qualquer Estado.²¹⁷

Em 7 de fevereiro de 2000, o Brasil assinou o Tratado, tendo sido posteriormente aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112, no dia 6 de junho de 2002 e promulgado pelo Decreto presidencial nº 4.388/02.

A partir de 8 de dezembro de 2004, após a entrada da Emenda Constitucional n.º45, o Brasil se submeteu à jurisdição do TPI, por meio do §4º, acrescentado ao art. 5º, da Constituição Federal: “O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Essa integração do Estatuto ao corpo normativo da Constituição Federal, conferiu primazia hierárquica dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Após a adesão constitucional ao Tribunal Penal Internacional, toda a legislação inferior deve ser interpretada em consonância com as diretrizes normativas impostas no Estatuto de Roma, sob pena de inconstitucionalidade material.²¹⁸

Dentre os inúmeros impactos que o Tribunal Penal Internacional trouxe para o direito interno brasileiro²¹⁹, no que interessa ao presente estudo, isto é, sobre

²¹⁷ GARCIA AMADO, Juan Antonio. *A Lista de Shinder: sobre abismos que o Direito dificilmente alcança*. Tradução: Ricardo Menna Barreto e Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 48.

²¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 2. ed. Coleção Direito e Ciências Afins. vol. 3. São Paulo: RT, 2009, p. 42.

²¹⁹ A inserção do TPI no direito interno brasileiro vem gerando várias discussões no meio acadêmico, principalmente quanto à possibilidade da entrega de nacionais, sobre a possibilidade de prisão

a existência da proibição deficiente no Estatuto de Roma, defendemos que a disposição inserta no art. 1º, ao consagrar que o Tribunal tem competência²²⁰ subsidiária em relação às jurisdições nacionais, acabou por contemplar referido princípio.

O dispositivo internacional consagrou o princípio da complementaridade, segundo o qual o TPI não poderá intervir em primeiro plano nos sistemas judiciais nacionais, os quais terão, por conseqüência da soberania, a competência primária para investigar, processar e julgar os crimes cometidos pelos seus nacionais. Somente quando demonstrada a incapacidade ou a efetiva intenção da justiça interna em não punir os criminosos, é que o Tribunal Penal Internacional terá competência para atuar. Dessa forma, o Estatuto de Roma preserva, inicialmente, a jurisdição penal interna. A substituição ocorrerá apenas quando evidenciada a insuficiência do aparato de persecução penal nacional, ou seja, quando os Estados não estiverem dispostos ou em condições de levar os infratores à justiça.

Ao exigir da jurisdição interna penal um nível mínimo de eficiência para investigar e punir os criminosos nacionais, sob pena do desencadeamento de uma avocação pela instância internacional²²¹, o Estado brasileiro obrigou-se internacionalmente a adotar os meios necessários e adequados para uma correta aplicação da justiça, cabendo-lhe reprimir efetivamente os crimes de competência da TPI. Vê-se, assim, que a complementaridade contribui significativamente para fomentar os sistemas jurídicos nacionais a adotarem mecanismos processuais eficazes na aplicação da justiça penal.²²²

Na clara dicção do princípio da complementariedade do Estatuto de Roma, o processo penal brasileiro não pode ser ineficiente na tarefa de punir os criminosos. A repressão interna deve dispor de um mínimo de operatividade na

perpétua, a imprescritibilidade dos crimes de competência do tribunal e a sobre a desconsideração da coisa julgada quando restar comprovada a ineficácia da justiça interna.

²²⁰ Os crimes de competência do TPI podem ser catalogados em quatro categorias: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

²²¹ Pode inclusive o Tribunal reavaliar a decisão já transitada em julgado, sem qualquer afronta à Constituição Federal, conforme adverte MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 2. ed. Coleção Direito e Ciências Afins. vol. 3. São Paulo: RT, 2009 p. 88.

²²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 2. ed. Coleção Direito e Ciências Afins. vol. 3. São Paulo: RT, 2009, p. 98.

tarefa de investigar, processar e, se for o caso, condenar os acusados. Nos termos dessa condição imposta ao Estado Brasileiro, sob pena da incidência da jurisdição internacional, resta consagrado constitucionalmente o princípio da proibição da proteção deficiente no processo penal brasileiro.

5 ANÁLISE DE SITUAÇÕES ESPECÍFICAS RELACIONADAS AO DEVER DE PROTEÇÃO PROCESSUAL EFICIENTE

Neste derradeiro capítulo, com vistas a uma melhor compreensão sobre o dever de proteção estatal eficiente no processo penal, comentar-se-á um conjunto de situações em que se apresenta uma carência de proteção no sentido do garantismo positivo.

O objetivo é avaliar, a partir de dados empíricos e normativos o grau de eficiência do dever de proteção jurídico-penal das situações escolhidas. Nessas hipóteses, demonstrar-se-á a insuficiência de determinadas medidas processuais realizadas em terras brasileiras, propondo, em seguida, soluções para o déficit de proteção.²²³

5.1 Poder Investigatório do Ministério Público e investigação criminal eficiente, com ênfase nos crimes praticados por policiais

Questão que suscita polêmica refere-se à possibilidade de o Ministério Público desempenhar função investigatória.²²⁴ De um lado, há aqueles que negam ao MP a realização de investigação criminal, uma vez que a atividade não se compatibiliza com o sistema acusatório e com o paradigma garantista. Entende-se, porém, em que pese a ampla e explícita base constitucional e legal, que a realização de diligências investigatórias encontra amparo no dever de proteção penal eficiente.

De fato, a prestação efetiva da tutela judicial pressupõe uma investigação séria e exaustiva dos fatos delituosos. Por essa razão, assume o Estado o dever de colher, com eficiência, todo o material probatório necessário para subsidiar a denúncia do Ministério Público, oportunizando, assim, a responsabilidade do agente causador do ilícito penal. Sob esse panorama, o dever de proteção jurídico-penal

²²³ FELDENS, Luciano. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. (In): SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 852.

²²⁴ Uma abrangente visão do tema em BARROSO, Luis Roberto. *Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária*. (In) *Temas de Direito Constitucional, tomo III*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2005.

incide na fase pré-processual na forma de averiguar, eficientemente, as provas capazes de esclarecer a autoria e a materialidade.

Destarte, a deficiência quanto à reunião das provas do fato delituoso tem como consequência lógica a fragilização da fase seguinte, com reais possibilidades de absolvição do acusado por insuficiência do conjunto probatório.

Nesse passo, defende-se, em circunstâncias excepcionais, a possibilidade de o Ministério Público presidir as investigações²²⁵, em especial nas situações em que a direção da fase pré-processual, pelas autoridades policiais, indicar o descumprimento do dever de realização de uma investigação independente e eficiente, ainda mais quando se constata, na prática forense, que o Ministério Público é cada vez mais dependente do trabalho da polícia judiciária, acreditamos ser possível a assunção da investigação pelos promotores de justiça para que seja oportunizada uma acusação adequada e capaz de responsabilizar o agente responsável pelo crime.

É nesse contexto, sobretudo na hipótese de omissão na investigação de crimes praticados por policiais e, acrescentá-riamos, em ilícitos penais praticados por agentes influentes do Poder Executivo, que a participação do MP no procedimento de investigação mostra-se inarredável para o eficaz processamento e julgamento do réu. Nesses casos, é evidente que a policialização da fase investigatória não contribui para a eficiência do justo sancionamento dos responsáveis.²²⁶ O possível corporativismo no caso dos policiais e a interferência indevida em razão da proximidade com os órgãos policiais responsáveis pela investigação são situações que podem trazer prejuízos para a eficiência do procedimento criminal, uma vez que:

Nesse caso, a persecução criminal por parte do Estado torna-se difícil, porque as diligências que deveriam e poderiam ser feitas acabam sendo intencionalmente frustradas, com o único escopo de prejudicar a ação da justiça, inclusive com a participação (criminosa) direta de determinadas

²²⁵ Cumpre esclarecer: não se trata do Ministério Público presidir investigação policial, atividade exclusiva do Delegado de Polícia. O que se defende é a possibilidade de o Promotor de Justiça, em procedimento atuado perante o seu órgão, dirigir as investigações. São situações distintas, pois.

²²⁶ CALABRICH, Bruno. *Pequenos Mitos sobre a Investigação no Brasil*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 96.

autoridades policiais, peritos criminosas e/ou comandantes da Polícia Militar.²²⁷

Deve-se ter em linha de consideração que a atividade de investigação policial ocupa posição de suma importância no resultado do processo penal, na medida em que o Ministério Público e o Judiciário tornam-se cada vez mais refens do trabalho da Polícia, uma vez que deixando de exercer um controle no direcionamento da investigação se vêem totalmente subordinados aos elementos colhidos pelos policiais.²²⁸ Afinal de contas, segundo Augusto Thompson “é a polícia quem controla e comanda a atividade Judiciaria, pois este só trabalha com o material concedido por aquela”.²²⁹

Por essa razão, o Ministério Público não pode continuar a figurar como mero repassador de provas elaboradas pela Polícia, instituição, infelizmente, ainda dependente dos (des)mandos do Poder Executivo²³⁰. Assim, deve adotar uma postura mais intervencionista na direção das investigações para o fiel cumprimento da finalidade constitucional de proteção penal dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade.

No âmbito da jurisprudência do STF, apesar de não existir ainda pronunciamento definitivo do Pleno, observa-se que os Miinistros vêm reconhecendo a importância das investigações serem realizadas pelo Ministério Público. Em um dos precedentes, a Ministra Ellen Gracie entendeu que o poder investigatório dos promotores de justiça aperfeiçoa a persecução criminal, bem na linha do nosso argumento da investigação ministerial como decorrência do dever de tutela penal eficiente:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DE INVESTIGADO. PROCEDIMENTO JUDICIAL. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROVIMENTO DA PARTE CONHECIDA. 1. As questões de suposta

²²⁷ RANGEL, Paulo. *Investigação Direta pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 53.

²²⁸ CALABRICH, Bruno. *Pequenos Mitos sobre a Investigação no Brasil*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 95.

²²⁹ THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 87.

²³⁰ STRECK, Lenio; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 49.

violação ao devido processo legal, ao princípio da legalidade, ao direito de intimidade e privacidade e ao princípio da presunção de inocência, têm natureza infraconstitucional e, em razão disso, revelam-se insuscetíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário. 2. As arguições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, legalidade, presunção de inocência e intimidade, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas. 3. Da mesma forma, não merece ser conhecido o apelo extremo na parte em que se alega violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. 4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal. 5. No caso concreto, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o Ministério Público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional. 6. Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. **Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.** 7. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei nº 10.174/01 - eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais -, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias. 8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.²³¹ (grifo nosso)

Em outra oportunidade, no julgamento de um *habeas corpus* envolvendo crime de tortura atribuído a policial civil, o Supremo Tribunal decidiu pela possibilidade de o Ministério Público realizar investigação criminal, entendendo que o monopólio da titularidade da ação penal e a teoria dos poderes implícitos outorgam-lhe o poder de realizar diretamente diligências investigatórias. Na esteira do acima exposto, os Ministros permitiram a colheita da prova, pois envolvia crime praticado por policial:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR -

²³¹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 535478. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 28.10.2008. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti". Precedentes. - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. - Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in judicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. - A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. - Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. **É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O**

MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPORTUNIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-organica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponente ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (grifo nosso).²³²

Essa mesma orientação foi seguida no julgamento do *habeas corpus* nº 91.661. No caso em tela, a Ministra Ellen Gracie foi enfática ao defender a investigação direta pelo Ministério Público quando se tratar de crime praticado por policiais:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBTATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em

²³² Supremo Tribunal Federal. *habeas corpus* nº 89837. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 20 de outubro de 2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquirido policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. **Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público.** 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. ²³³(grifo nosso)

A imprescindibilidade da investigação criminal pelo Ministério Público quando o crime envolver policiais resta ainda mais imperiosa quando se observa que cinquenta por cento das denúncias submetidas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos referem-se a atos violentos praticados pela polícia militar brasileira. Segundo Flávia Piovesan, o principal fator que enseja as reclamações dessas violações ao direitos humanos decorre da insuficiência, ou mesmo, em alguns casos, da inexistência de investigações por parte do Estado Brasileiro. ²³⁴

Em uma das situações, citada por Piovesan, a Petição de 6 de setembro de 1994 submetida à Comissão pelo Centro Santo Dias de Direitos Humanos, denunciou a ineficácia do sistema processual brasileiro em reprimir os crimes

²³³ Supremo Tribunal Federal. *habeas corpus* 91661. Relator Min. Ellen Gracie. Julgado em 10 de março de 2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

²³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas*. Revista de Direito do Estado, nº 14. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 325..

praticados por policiais, *muito em virtude da parcialidade da investigação e do procedimento já que realizados pelos próprios policiais:*

Ocorre que desde 1977, sempre que policiais militares cometem quaisquer crimes contra civis, as investigações são feitas pela própria Polícia Militar e os policiais são julgados, quando o são, por seus pares, por um Tribunal que se tem mostrado parcial, dependente e ineficaz para assegurar a justiça e punição dos culpados. [...]. A certeza da impunidade e da ineficácia da Justiça Militar é um convite à reiteração da violência pelos agentes do Estado, motivo pelo qual, mister que se condene o Estado do Brasil a processar e punir os seus agentes violadores do direito à vida e à integridade dos cidadãos, bem como a indenizar as vítimas das violações, nos casos em que essas ainda não o tenham sido.²³⁵

Nesse, e em outros casos endereçados à Comissão, Flávia Piovesan salienta que se reiterou a inexistência ou a insuficiência de medidas adotadas pelo Brasil em investigar, processar e punir os policiais responsáveis pelos crimes praticados. Os peticionários requereram a condenação do Estado brasileiro, pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal e às garantias judiciais (arts. 4º, 5º e 8º), pedindo, por conseguinte, o fim da impunidade.²³⁶

A grande incidência de reclamações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da impunidade de crimes praticados por policiais comprova faticamente a insuficiência dos meios de investigação brasileiros. Esses dados empíricos permitem demonstrar a ineficiência do inquérito policial na tarefa de investigar fatos criminosos atribuídos a membros de corporações policiais.

Relembre-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos obriga os Estados-partes a adotarem medidas de prevenção, investigação e de processamento contra atos violadores dos direitos por ela enumerados pela Convenção, constituindo dever internacional do aparelho estatal proteger os cidadãos vítimas de crime. Como ficou decidido no Caso Damião Ximenes:

os familiares das vítimas têm o direito, e os Estados têm a correspondente obrigação, a que o ocorrido seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais, a que se inicie um processo contra os supostos responsáveis por

²³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, pp. 314/315.

²³⁶ ob. cit., pp. 314/315.

esses ilícitos e, se for o caso, de que lhes sejam impostas as sanções pertinentes.²³⁷

Fica evidente que o Estado brasileiro tem o dever de *investigar* as afetações aos direitos à vida e à integridade pessoal como condição para garantir-lhes esses direitos. A vítima, os familiares e a sociedade são titulares do direito a uma investigação séria e abrangente que, efetivamente, elucide os fatos a fim de que o processo responsabilize e imponha as sanções pertinentes.

Assim sendo, a CIDH tem questionado a prática de investigações de crimes cometidos por policiais seja conduzida pela própria autoridade policial, por entender que não há a garantia de imparcialidade. Observado isso, o órgão internacional tem proferido “*várias decisões recomendando a alteração da legislação, para que a investigação de crime cometido por policiais não seja realizada pela própria corporação policial de que fazem parte*”.²³⁸

Feitas essas observações, parece cristalino que o atual sistema de investigação preliminar realizado pela autoridade policial, pelo menos nas situações de violações, precisa ser aperfeiçoado para garantir uma maior eficiência. Nessa ordem de ideais, a transferência da função para o Ministério Público se apresenta como a melhor solução para reverter o atual estado de ineficiência. Acredita-se que a independência e a imparcialidade dos membros do Ministério Público frente aos policiais possa garantir a realização de um procedimento investigatório sério, rápido e eficiente. Em suma, a investigação direta pelo Ministério Público reveste-se de direito fundamental do cidadão para combater eficientemente condutas criminosas lesivas à ordem jurídica, sobretudo, nas hipóteses aventadas.²³⁹

²³⁷FELDENS, 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, 2008, p. 104.

²³⁸SANTOS SEIXAS, Raimundo Jorge; RAMOS NAGADO, Bartira Meira. *A atuação do Brasil no banco dos réus no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 5, n. 76, p. 308, jan./fev. 2009.

²³⁹RANGEL, Paulo. *Investigação Direta pelo Ministério Público visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.257.

5.2 As interceptações telefônicas e a limitação do prazo de prorrogação. Violação ao dever de tutela processual penal eficiente

Interpretação que vem ganhando corpo no direito brasileiro (STJ, HC n. 116.482-SP, 5ª Turma, unânime, publicação em 22.2.2009), consiste em que passado o lapso temporal de 30 (trinta) dias previsto no art. 5º da Lei 9.296/96, não haveria mais possibilidade de prorrogação das interceptações, sob pena de invasão à privacidade e à intimidade do investigado ou processado. Sobre esse tema, Geraldo Prado, outro expoente nacional do garantismo negativo, entende-se que o prazo máximo de trinta dias (quinze dias, prorrogável uma vez por mais quinze) é o único sentido que se amolda aos ditames constitucionais, uma vez que atende à razoabilidade e à interpretação sistemática da Constituição.²⁴⁰

Acerca dessa situação, acredita-se que a tese que pretende limitar, em 30 (trinta) dias, o prazo para o encerramento das interceptações telefônicas, interfere negativamente no dever estatal de uma tutela processual penal eficiente. De fato, limitar no tempo tal meio de prova, previsto na própria Constituição Federal como direito fundamental, com base em interpretação literal, parece caminhar no sentido contrário da obrigatoriedade estatal em prestar uma tutela judicial efetiva no âmbito do processo penal.

É que referida concepção centra-se apenas no resguardo dos direitos à privacidade e à intimidade dos investigados e dos processados, relegando-se os direitos fundamentais da vítima e da sociedade, o que não é compatível com o modelo de processo penal garantista integral, ou seja, como instrumento efetivo de tutela integral dos direitos fundamentais envolvidos.

Dentro desse contexto, seguindo a lição de que nenhum direito fundamental é absoluto, a solução ideal para a resolução constitucional do problema da prorrogação das interceptações telefônicas reside na compatibilização harmônica dos direitos em colisão. Assim, tanto o direito à segurança quanto os direitos fundamentais do acusado devem ser igualmente preservados, não havendo,

²⁴⁰ PRADO, Geraldo. *Limites às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. (In) MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Acesso à Justiça & Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 79.

portanto, justificativa para afirmar *a priori* a primazia de um direito sobre o outro. É, portanto, a singularidade da situação concreta investigada que irá ditar qual dos valores constitucionais irá prevalecer e, por consequência, autorizar ou não a dilação da prova.

Por essa razão, tem-se como factível, dependendo da situação concreta, o deferimento de sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, desde que necessárias à investigação e devidamente fundamentada pelo juiz. Assim, correto o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 83.515/RS, Rel. Nelson Jobim²⁴¹, ao admitir a prorrogação sucessiva do prazo para a conclusão das investigações quando o fato se mostrar complexo a ponto de exigir uma investigação diferenciada e contínua.

Dessa forma, proibir de logo a interceptação telefônica quando alcançado os 30 (trinta) dias, sem o exame e a ponderação cuidadosa do caso penal em concreto, apresenta-se flagrantemente inconstitucional, em virtude da violação da proporcionalidade na faceta da proibição deficiente. Ao abrir mão de importante meio probatório, o Estado posiciona-se muito aquém do limite necessário para o combate eficiente contra a criminalidade. Com efeito, delimitar a interceptação sem levar em consideração a especificidade e a complexidade dos fatos não se coaduna com dever de tutela dos direitos fundamentais da pessoas ofendidas pelo ilícito penal.

Não se pode olvidar que a interceptação telefônica configura um meio de prova de suma importância no combate eficiente à criminalidade moderna, principalmente quando se observa que os clássicos meios probatórios disponibilizados no Código de Processo Penal já não dão conta de descobrir a verdade dos fatos. Portanto, na atualidade, a interceptação telefônica é fundamental para a boa colheita das provas, pois permite que o processo penal cumpra o seu objetivo: ser instrumento de tutela efetiva dos direitos fundamentais na repressão de contra a nova criminalidade.

²⁴¹ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.515/RS. Relator Ministro Nelson Jobim. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

Em resumo, é inconstitucional a interpretação que proíbe a prorrogação do prazo de interceptação telefônica. De acordo com a dupla função do processo penal, como limite e proteção, a solução hermenêutica ao problema está na permissão de sucessivas prorrogações do prazo, desde que devidamente demonstrada a complexidade dos fatos e a necessidade na continuação da prova, mediante exaustiva fundamentação do juiz.

5.3 Obrigatoriedade de ação penal de iniciativa pública quando agredidos direitos fundamentais: inconstitucionalidade do abuso de autoridade como infração de menor potencial ofensivo

A Lei n. 9.099/95, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dando cumprimento ao disposto no art. 98, I, da Constituição Federal, definiu como infração de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima em abstrato não superior a 1 (um) ano, excluídos, porém, os crimes com a previsão de procedimentos especiais.

Diante da ressalva dos crimes processados mediante procedimento especial, formou-se a tese de que o crime de abuso de autoridade, em razão de possuir rito próprio (Lei nº 4.898/65), não se enquadraria no conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Posteriormente, com o advento da Lei 10. 259/2001, instituidora dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, alargou-se a definição de infração de menor potencial ofensivo, dessa vez para alcançar os crimes em que a pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos. Além disso, diferentemente do que preconiza a Lei 9.099/95, restou suprimida qualquer alusão aos crimes processados mediante rito especial.

A partir dessa nova definição legal, excluindo a ressalva quanto aos crimes com previsão de procedimento especial, passou-se a discutir no cenário jurídico nacional, se os crimes de abuso de autoridade estariam ou não abrangidos pelo modelo criminal dos Juizados Especiais.

No campo da doutrina, vários autores defendem que, com o suprimento da exceção referente ao procedimento especial, os crimes de abuso de autoridade restariam abrangidos pela categoria de infração de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, José Paulo Baltazar Júnior:

A atual redação do art. 61 da Lei 9.099/95, dada pela Lei 11.313/06, não mais contém cláusula de exclusão de crimes para os quais a lei preveja procedimento especial, constante da redação originária. Sendo assim, não há mais impedimento à aplicação das regras sobre transação penal e suspensão da ação penal, restando superado o entendimento contrário, pela impossibilidade da transação na hipótese.²⁴²

Na mesma esteira, considerando que os crimes de abuso de autoridade seriam uma espécie de infração de menor potencial ofensivo, Fernando Capez:

Antes do advento da Lei n. 10259/2001, consideravam-se infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9099/95, "as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. Muito bem. Os crimes previstos na lei de abuso de autoridade, embora possuíssem pena máxima não superior a um ano, não se enquadravam no conceito da Lei n. 9.099/95, uma vez que a Lei n. 4.898/65 prevê procedimento específico, qual seja, o sumaríssimo, para o processamento dos crimes nela previstos, fato este que, por si só, afastava a incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Ocorre, entretanto, que, com o advento da Lei n. 10259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, passou-se a considerar infração de menor potencial ofensivo todo delito cuja pena máxima cominada não seja superior a 2 anos, qualquer que seja o procedimento previsto. Embora a Lei n. 10259/2001 se referisse somente à Justiça Federal, na verdade acabou fixando uma nova definição que alcança não apenas as infrações de competência dos Juizados Federais, mas também os Estaduais, provocando, por conseguinte, a derrogação do art. 61 da Lei n. 9099/95. Assim, não existe a circunstância especial impeditiva do procedimento especial, estando todos os crimes da Lei n. 4898/65 sujeitos ao procedimento sumaríssimo da Lei n. 9099/95, bem como aos demais institutos previstos nesse diploma legal, conforme decisão do STJ.²⁴³

Por fim, Ricardo Andreucci não destoa do posicionamento acima:

Entretanto, com a vigência da Lei n. 10259/2001, foi adotado o entendimento de que, por não conter ela cláusula restritiva e, virtude de procedimento especial, poderiam os crimes de abuso de autoridade ser

²⁴² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 2 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 250-251.

²⁴³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 39-40.

considerados de menor potencial ofensivo, restando, dessa feita, ampliada ainda mais a competência dos Juizados Especiais Criminais.²⁴⁴

No campo jurisprudencial, o STJ vem reiteradamente decidindo que os crimes de abuso de autoridade são infrações de menor potencial ofensivo, aplicando-se, por conseguinte, as normas da Lei n. 9.099/95, conforme se vê no HC n. 59.591/RN, ocasião em que o Min. Felix Fischer ressaltou:

tratando-se o abuso de autoridade de infração de menor potencial ofensivo, deve ser aplicada ao paciente as benesses da referida lei. É de se ressaltar que com a Lei nº 11.313/2006, resta superada a discussão no tange a competência dos Juizados Especiais para os delitos que possuam rito especial. Em outras palavras, com o advento da Lei nº 11.313/2006, que modificou a redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95 e consolidou entendimento já firmado nesta Corte, "*consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa*", independentemente de a infração possuir rito especial.²⁴⁵

Como se vê, pelo atual estado da doutrina e da jurisprudência do STJ, o crime de abuso de autoridade se encontra inserido no conceito de infração de menor potencial ofensivo. Com a devida vênia, essa interpretação não atende ao dever eficiente de proteção penal dos direitos fundamentais.

Com efeito, se a presente interpretação parece estar logicamente consentânea com o que dispõem as leis ordinárias disciplinadoras do assunto, observa-se que se transferida a questão para o âmbito do exame de compatibilidade constitucional, chegar-se-á à conclusão de que ela é incompatível com a função do processo penal como instrumento de garantia dos direitos fundamentais das vítimas dos crimes de abuso de autoridade.

Em verdade, considerar o crime essa categoria de crime, infração de menor potencial ofensivo e, com isso, conceder ao agente a possibilidade de várias benesses legais, a exemplo do instituto da transação penal, viola frontalmente a obrigação de intervenção jurídico-penal proporcional, na face da proibição da proteção deficiente, pois o sistema de sanções dos juizados criminais, à evidência,

²⁴⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 198.

²⁴⁵ Superior Tribunal de Justiça. *habeas corpus* 59591. Relator Felix Fischer. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

fica bem aquém do limite de proteção contra crimes tão graves e ofensivos aos direitos fundamentais.

Partindo da idéia de que o abuso estatal seja definido como infração de menor potencial ofensivo, fomenta ainda mais a prática desses abusos estatais, pois a censura penal exposta pelos institutos dos juizados criminais não cumpre com a tarefa de prevenir e reprimir devidamente o arbítrio dos agentes estatais.

Especificamente sobre a obrigação de um maior rigor na criminalização do abuso de autoridade, Luciano Feldens defende a existência de um imperativo constitucional implícito de tutela penal em razão da necessidade de se resguardar o valor básico da liberdade:

Situação igualmente grave parece verificar-se quando a agressão a esse direito fundamental provém de agentes do Estado. Pensemos na hipótese de detenção intencionalmente arbitrária, ilegal de um cidadão, sem qualquer observância das diretrizes constitucionais, ou mesmo a prática de outras formas de uso desmesurado da autoridade que tendam a cercear-lhe ilicitamente a liberdade (abuso de autoridade).²⁴⁶

Diz, ainda, mais a frente, que o direito penal mostra-se como a única alternativa possível à proteção efetiva do bem jurídico albergado pela norma penal:

Pelo menos em tais situações (extremas), a necessidade de normas penais parece demonstrar-se como a única alternativa possível a conferir uma proteção efetiva ao bem jurídico sob comento. As demais sanções cogitáveis, de índole eminentemente patrimonial, ou quando muito as índole administrativa incidentes sobre o funcionário público, não parecem oferecer um conteúdo sancionador proporcional ao nível da agressão sofrida, pelo motivos que antes expusemos; ao não causarem um efeito comprovadamente dissuasório (prevenção geral), deixariam insuficientemente protegido o bem jurídico liberdade [...].²⁴⁷

Embora a incidência das benesses legais dos juizados não tenha instituído a descriminalização do abuso de autoridade, é forçoso convir que a despenalização operada pelos seus institutos diminui o nível de eficiência da tutela penal. Por motivo, a aplicação dos benefícios penais e processuais penais previstos na Lei nº 9.099/1995 não se coaduna com a imposição constitucional de uma resposta efetiva e proporcional aos delitos de abuso de autoridade. A despenalização dos crimes

²⁴⁶ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 148.

²⁴⁷ ob. cit., p. 148.

desse gênero esvazia radicalmente a proteção penal conferida dada aos direitos fundamentais protegidos pela Lei nº 4.898/65.

Ademais, é notório, basta ver os noticiários jornalísticos, que longe de diminuir os casos de abusos dos agentes estatais a justificar a adoção de um tratamento mais benigno, o que se observa é exatamente o contrário. Diuturnamente, e das mais variadas formas, deparamo-nos com situações em que direitos fundamentais são violados abusivamente por autoridades, não havendo, portanto, razão plausível para um afrouxamento na repressão a tais delitos.

Não há, assim, substrato fático para tão drástica redução na repressão penal ao abuso de autoridade. Ao contrário, se mudança legislativa deve ocorrer, há de ser no sentido da criação de novos tipos penais e procedimentos que dêem uma resposta eficiente e adequada à gravidade do abuso de autoridade.

Nesse passo, pela relevância dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 4.898/1965 (direitos fundamentais), e em face gravidade da ação violadora, posto ser causada pelo próprio Estado - o guardião-mor dos direitos fundamentais das pessoas - não há como conceber a interpretação de que o crime de abuso de autoridade configure infração de menor potencial ofensivo.²⁴⁸

Quanto a essa incompatibilidade, Eugênio Pacelli esclarece a necessária imbricação que deve haver entre o que determina a Constituição Federal e a tutela processual penal dos direitos fundamentais, ao demonstrar que o art. 5º, LIX obriga

²⁴⁸ No mesmo sentido, CASTANHO DE CARVALHO, L.G Grandinetti. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4º ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.37, defende a tese de que considerar o crime de desobediência, infração de menor potencial ofensivo, viola o princípio da proibição da proteção deficiente: " A prisão em flagrante pelo crime de desobediência ficou prejudicada pelo artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95. que a substitui por um termo de compromisso, que, como óbvio, muito pouco contribui para o cumprimento coercitivo daquela ordem judicial. Se o termo for assinado, o juiz não poderá determinar a prisão. Trata-se de um evidente caso de proteção deficiente, mas, por outro lado, a solução não parece ser evidente assim. Como qualquer restrição a direito fundamental precisa estar prevista em lei, a prisão processual, no caso, não poderia ser aplicada. Nessa hipótese, a proteção adequada depende do concurso do legislador, não sendo possível, ao Judiciário, decretar uma medida não prevista em lei". O exemplo de insuficiência do processo penal preconizado pelo autor é irreparável. Entretanto, não concordamos com a assertiva de que solução depende de lei. Conforme se verá, o Judiciário pode cumprir o seu de proteção penal eficiente no caso ao propor a técnica da nulidade parcial sem redução de texto.

o legislador ordinário à adoção de um processo público *condenatório* e não *consensual* quando em vista a proteção penal aos direitos fundamentais.²⁴⁹

Para Pacelli há uma vedação constitucional à institucionalização de procedimentos tendentes à disponibilização da persecução penal em relação a infrações que atinjam gravemente direitos fundamentais. Sendo o crime de abuso de autoridade infração grave contra tais direitos a exigir um processo público de natureza condenatória, não se tem como razoável admitir a disponibilização da persecução penal tal qual a realizada pelos institutos dos juizados.

Fica claro, portanto, que a mudança do rito condenatório para consensual, quando for o caso de proteção de direitos fundamentais, resta inadequada, haja vista a deficiência do segundo no combate a crimes ofensivos a direitos tão caros para a sociedade. Significa dizer que a aplicação do procedimento consensual dos Juizados Especiais Criminais aos crimes de abuso de autoridade configura nítida hipótese de *infraproteção* estatal na defesa dos direitos fundamentais.

Sendo assim, diante do art. 2º, parágrafo único da Lei 10.259/01, o intérprete atento ao princípio da proporcionalidade na faceta da proibição deficiente, deverá excluir a interpretação inconstitucional consistente na incidência da norma aos crimes de abuso de autoridade. Desta forma, no caso sob análise, tem-se como interpretação constitucionalmente adequada a seguinte: *o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 será inconstitucional se aplicável aos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 4.898/65. Os crimes de abuso de autoridade, devido à gravidade das ações previstas no art. 3º e 4º, ações essas ofensivas contra os direitos fundamentais mais básicos dos cidadãos, mostram-se incompatíveis com a noção de infração de menor potencial ofensivo.*

Nesse mesmo sentido, Maria Luiza Streck propõe a técnica da nulidade parcial sem redução de texto para as hipóteses de infrações penais que violem direitos fundamentais e que, por essa razão, não podem ser classificados como de menor potencial ofensivo. Desse modo, praticado delito de abuso de autoridade, o

²⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 52-55.

procedimento a ser aplicado não é o previsto na Lei 9.099/95, mas sim o rito da Lei nº. 4.898/65.²⁵⁰

5.4 Cooperação Jurídica Internacional Direta e o Habeas Corpus nº. 85.588/RJ do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência contrária ao dever de proteção penal eficiente

Em a Globalização do Crime, Jeffrey Robinson demonstra com notável riqueza de informações como as organizações criminosas mundiais procuram estabelecer alianças estratégicas entre si, com o claro objetivo de expandir os seus dividendos e negócios ilícitos muito além das fronteiras territoriais nas quais se situa o comando do grupo. No caso da Alemanha, por exemplo:

setenta células criminosas organizadas italianas negociam com armas, traficam drogas e furtam automóveis. Todas elas mantêm laços com a Máfia na Itália. Algumas delas também estão ligadas diretamente ao crime organizado turco, que lhes fornece heroína, ao crime organizado colombiano, que as abastece de cocaína, ao crime organizado russo, que lhes fornece armas, e ao crime organizado asiático, que lhes proporciona acesso a sua rede de restaurantes chineses para a lavagem de dinheiro.²⁵¹

Ao tempo em que se observa a crescente interligação de grupos criminosos no mundo globalizado, constata-se, por outro lado, uma desorganização das autoridades estatais em defender seus cidadãos e territórios de ilícitos praticados fora das suas fronteiras. Verifica-se que enquanto o crime mundial se organiza, criando intrincadas estruturas de cooperação entre si, os estados nacionais continuam desorganizados, solitários, presos as suas fronteiras. Permanecem ensimesmados, confinados aos seus limites territoriais, não dispendo de qualquer autoridade para alcançar eficazmente elementos de prova ou mesmo criminosos além-fronteiras.

Na visão de Robinson, o combate ao crime continua sendo apenas um remédio local para situações locais²⁵², atrelados a modelos defasados de soberania

²⁵⁰ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 150.

²⁵¹ ROBINSON, Jeffrey. *A Globalização do Crime*. trad. Ricardo Inojosa. São Paulo: Ediouro, 2001, p. 20.

²⁵² ob. cit. p. 17.

e de organização judiciária. Segundo o autor, os estados nacionais ainda não perceberam as mudanças operadas pela globalização do crime:

Enquanto vivemos num mundo onde a filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XVIII que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos.²⁵³

Frente a isso, para reprimir o crime globalizado são necessárias mudanças radicais na mentalidade das nações, mais precisamente, no modo como lidam com a persecução criminal. Da mesma forma como realizada pelos criminosos, os estados devem estabelecer entre si mecanismos rápidos e eficientes de cooperação internacional, principalmente em matéria de trocas de provas e cumprimento de mandados de prisão. O crime, já se diz, não conhece fronteiras e, por tal motivo, a justiça também não pode estabelecê-las se quiser realmente dar uma resposta à altura contra esse novo modo de criminalidade.

As peculiaridades da criminalidade do tipo transnacional exigem que os estados construam respostas transnacionais, diferentes, portanto, dos mecanismos tradicionais de repressão, de forma que as *“organizações de combate ao crime têm de ser capazes de formar joint ventures e alianças estratégicas entre si – de maneira fácil e fluida”*.²⁵⁴

É importante, diante dessa realidade que se descortina para os sistemas de proteção penal dos estados, que haja uma diretriz política internacional capaz de elaborar procedimentos adequados para auxiliar, facilitar e incrementar o auxílio entre os países no combate à criminalidade.²⁵⁵ Somente uma eficiente cooperação entre nações poderá ser eficaz no âmbito da repressão contra o caráter transnacional do crime.²⁵⁶

²⁵³ ROBINSON, Jeffrey. *A Globalização do Crime*. trad. Ricardo Inojosa. São Paulo: Ediouro, 2001, p. 19.

²⁵⁴ ob.cit., p. 416.

²⁵⁵ JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2008, p. 361.

²⁵⁶ GOMES, Rodrigo Carneiro. *O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21.

O Brasil, ao integrar o circuito da criminalidade transnacional, até mesmo com um grau considerável de protagonismo, não pode ficar alheio a essa realidade. Em virtude disso, é dever constitucional do Estado brasileiro fomentar as parcerias necessárias com as autoridades estrangeiras na repressão a tais tipos de delitos.²⁵⁷

Todavia, a imperiosa criação de alianças estratégicas entre os estados nacionais, *de maneira fácil e fluida*, parece que, infelizmente, não foi seguida em terras brasileiras pelo nosso Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº. 85.588/RJ.

No precedente em questão, a discussão cingia-se a um pedido de cooperação jurídica internacional direta requerida pela Suíça ao Brasil. As autoridades suíças formularam pedido de diligências probatórias a serem realizadas em terras brasileiras: interrogatórios, inquirição de testemunhas e coleta de prova documental. O pedido foi endereçado ao Ministério da Justiça e, posteriormente remetido para a Justiça Federal de primeira instância. Levada a questão ao Superior Tribunal de Justiça, após decisão monocrática do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira a qual indeferiu a medida por considerar usurpada a competência do STJ (art. 105, I, i). Essa decisão foi posteriormente reformada pela Corte Especial, ocasião em que se declarou a validade da cooperação jurídica direta.

Contudo, no Supremo Tribunal Federal, o Relator Ministro Marco Aurélio entendeu que o chamado procedimento de cooperação jurídica internacional direta não pode subverter a competência estabelecida pela Constituição Federal ao STJ quanto ao processamento das cartas rogatórias e concessões de *exequatur*. Considerou o Ministro a insuficiência do princípio da economia processual para permitir o cumprimento direto do ato requerido pela nação estrangeira, sob pena de conferir aos órgãos jurisdicionais de primeiro grau competência não prevista nas normas constitucionais.

²⁵⁷ Segundo o art. 4º, IX, da CF, a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Restou decidido pela Corte Suprema que o pronunciamento do STJ, via carta rogatória, é essencial para a validade dos atos requeridos mediante a cooperação jurídica internacional. Somente por meio da rogatória, disse o Supremo, é permitida a realização de diligência probatória no Brasil:

A Turma, por maioria, deferiu habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que mantivera decisão de juiz federal do TRF da 2ª Região que, sem a concessão de exequatur, permitira a participação direta de autoridades suíças na realização de atos instrutórios no Brasil. No caso concreto, o paciente e outros réus, condenados em processo relativo ao denominado "propinoduto", foram intimados pelo referido TRF, em procedimento autuado como "Cooperação Internacional", para participarem de audiência com o objetivo de atender a solicitação enviada por magistrado daquele país, em virtude de lá investigar-se a prática do crime de lavagem de dinheiro, em suposta conexão com a mencionada ação penal envolvendo o paciente. Contra essa decisão, ajuizara-se reclamação ao fundamento de usurpação de competência do STJ (CF, art. 105, I, i) para conceder exequatur a cartas rogatórias passivas, haja vista que o tratado cooperativo firmado entre o Brasil e a Confederação Helvética encontra-se submetido à apreciação do Congresso Nacional. O vice-presidente do Tribunal a quo concedera liminar para suspender as audiências designadas, sendo tal medida posteriormente cassada em decorrência do provimento de agravo regimental interposto pelo Ministério Público. Entretanto, esse acórdão do STJ encontra-se suspenso em razão de habeas corpus impetrado por co-réu. (...). **Tendo em conta o princípio da realidade e a organicidade do direito nacional, considerou-se que o "procedimento de cooperação internacional" não poderia resultar na prática de atos passíveis de serem alcançados somente por intermédio de carta rogatória. Asseverou-se que o ordenamento pátrio exige o endosso do órgão competente para que os pronunciamentos judiciais estrangeiros possam aqui gerar efeitos, não cabendo substituí-lo pelo acórdão recorrido. Assim, a economia processual não pode sobrepor-se à competência do STJ para conceder o exequatur, sob pena de os órgãos do Poder Judiciário brasileiro atuarem, a pretexto da cooperação, sem a participação do STJ.** Ademais, ressaltou-se que o tratado de cooperação entre o Brasil e a Suíça encontra-se pendente. **Por fim, entendeu-se que, existente ou não tratado de cooperação entre os países, os atos impugnados deveriam ser precedidos de carta rogatória e do correspondente exequatur pelo STJ, essenciais à validade do ato e à preservação da soberania nacional.** Vencidos os Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso que não conheciam do writ, ao fundamento, respectivamente, de ausência de risco ao direito de locomoção e de ser da competência do STJ o juízo de cabimento ou não das diligências. HC deferido para afastar a valia dos atos praticados no âmbito do TRF da 2ª Região, à guisa de cooperação, visando à persecução criminal. (grifo nosso).²⁵⁸

Nota-se, na decisão do STF, que o Ministro Ricardo Lewandowski, preso ao argumento da soberania nacional do século XVII preconizado por Robinson, negou a possibilidade de cooperação jurídica direta:

²⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 85.588. Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em . Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

O Sr. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – **Senhor Presidente, com todo o respeito, entendo que estaríamos abrindo um precedente gravíssimo, porque é um atentado à soberania nacional.** Ao se admitir a pretexto de cooperação internacional, que se superem as formalidades para o exequatur de uma carta rogatória, realmente abriríamos um precedente perigoso e estaríamos legitimando qualquer tipo de ingresso de autoridade estrangeira no território para praticar o ato que quiser, com todo o respeito.²⁵⁹

A cooperação jurídica internacional direta é um mecanismo de auxílio recíproco entre estados estrangeiros que tem por objetivo executar, em seu território, atos processuais que pertencem a processos que tramitam no estrangeiro. Configura um importante instrumento de intercâmbio para o cumprimento de medidas provenientes de outras nações, objetivando garantir a eficácia do processo penal que tramita na jurisdição estrangeira, consubstanciando-se em procedimento célere e eficaz no combate à criminalidade que ultrapassa as fronteiras dos estados nacionais.

A inexistência de entraves burocráticos no cumprimento de atos de coleta de material probatório é indispensável para fazer frente ao crime globalizado alertado pelo autor de a Globalização do Crime. Atentos a essa criminalidade moderna, a cooperação jurídica direta, em virtude de se tratar de um mecanismo simplificado, fácil e bem mais eficiente na colheita de provas, deve ter a sua utilização fomentada pelas autoridades brasileiras, principalmente quando se observa a sua superioridade em relação ao procedimento das cartas rogatórias.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal não trilhou o melhor caminho jurídico no combate eficiente à criminalidade transnacional. Do modo como restou decidido pelos Ministros, o dever de proteção jurídico-penal foi violado, pois, dentre duas medidas de cooperação, a direta e a carta rogatória, o Tribunal escolheu a menos eficiente na tutela processual dos direitos humanos da comunidade internacional, o que termina por fragilizar as estruturas de repressão contra o crime transnacional.²⁶⁰

²⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 85.588. Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em . Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

²⁶⁰ GOMES, Rodrigo Carneiro. *O Crime Organizado na Visão da Convenção de Palermo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, 21.

A cooperação internacional na repressão contra a criminalidade organizada não pode ficar aquém do mínimo necessário. No ponto, a proibição da proteção deficiente impõe a adoção de procedimentos adequados, céleres e eficazes direcionados a coibir os delitos transnacionais, tal é o caso da cooperação jurídica internacional direta, obrigando o Brasil a estabelecer mecanismos de cooperação direta, em razão da sua celeridade e informalidade, em virtude que o procedimento prescinde de várias etapas, a exemplo da carta rogatória.

Nesse diapasão, a cooperação jurídica internacional direta nada tem de inconstitucional. Ao contrário, a sua utilização cumpre o dever de proteção jurídico-penal estatal de combate ao crime. Como se nota, a cooperação direta não foge ao controle autoridade judiciária brasileira. De fato, o requerimento do país estrangeiro passará, necessariamente, pelo exame do juiz nacional, ocasião em que serão observadas todas as formalidades constitucionais e legais. Não, há, portanto qualquer violação a direito fundamental.

É importante assinalar, ainda, que as relações internacionais costumam ser realizadas mediante promessa de reciprocidade. Significa dizer, em outros termos, dificuldades criadas pela justiça brasileira no cumprimento de medidas processuais provindas do exterior podem desencadear retaliações por parte dos estados estrangeiros.

Visto por esse prisma, a cooperação direta entre os países com a expressa garantia da reciprocidade atenderá a interesses do nosso próprio sistema penal nacional, que poderá contar com apoio internacional na repressão de crimes ocorridos em terras de nosso domínio. Essa via de mão dupla é, pois, imprescindível para o bom funcionamento do processo penal brasileiro, que contará com aliados estrangeiros quando for do seu interesse a obtenção de material probatório a ser produzido no exterior.

Walter Nunes atento a essa premente necessidade de um bom relacionamento entre os estados estrangeiros, leciona que o Estado brasileiro precisa da cooperação internacional a fim de poder atuar com eficiência na luta

contra a criminalidade, pois percebe que os crimes de base organizativa possuem como característica não conhecer fronteiras nacionais.²⁶¹

Na mesma senda, Carmem Tiburcio assinala que não há que se falar em inconstitucionalidade na solicitação de cooperação jurídica internacional direta. Alinhada à reciprocidade e às exigências de procedimentos rápidos e eficazes de troca de provas entre as nações, a doutrinadora pontifica que a cooperação jurídica direta cumpre esse ideal, haja vista o “*objetivo de agilizar e garantir que o Brasil, quando necessite, receba tratamento semelhante*”.²⁶²

Diante disso, pode-se dizer que a decisão do STF qualifica o Brasil como pouco cooperativo, o que poderá trazer sérios problemas à eficiência de nossas investigações e processos criminais, quando necessitarem de informações e provas no exterior.

Exigir que o pedido de cooperação jurídica passe pelo crivo do já assoberbado STJ, mediante o rito das cartas rogatórias, já não mais se mostra compatível com a obrigação de uma proteção processual penal eficiente. Essa forma de cooperação é extremamente morosa, porquanto insere várias etapas burocráticas que não existem na cooperação direta. Pode-se dizer assim que o processo da carta rogatória apresenta-se como uma alfândega burocrática aos fins da justiça criminal, que somente interessa ao criminoso ao realizar seus negócios ilícitos sem pedir visto de entrada e nem mesmo apresentar passaporte.

A colheita probatória realizada em tempo razoável e com a capacidade de reunir elementos de convicção é de extrema valia para uma eficiente prestação jurisdicional no combate ao crime organizado transnacional. O instituto da cooperação jurídica direta caminha nesse sentido, uma vez que as organizações conhecem as deficiências estatais, as brechas e ali florescerá.²⁶³

²⁶¹ SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso de Direito de Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2008, p. 368.

²⁶² TIBURCIO, Carmem. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2006, p.475.

²⁶³ GOMES, Rodrigo Carneiro. *O Crime Organizado na Visão da Convenção de Palermo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 13.

5.5 Execução Provisória da pena e ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. Uma análise da decisão do STF no HC nº 84.078/MG sob o aspecto da proibição da proteção deficiente

Um tema que suscita muita polêmica no cenário jurídico nacional refere-se à (*im*)possibilidade de execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, quando ainda pendente o julgamento dos recursos extraordinários²⁶⁴.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal historicamente admitia o recolhimento do acusado à prisão quando a decisão estivesse sujeita apenas aos recursos excepcionais. Contudo, após 5 de fevereiro de 2009, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por 7 votos contra 4, reverteu o entendimento, pacificando que a interposição de recurso extraordinário ou especial, mesmo que a condenação seja confirmada pelo tribunal de origem, suspende automaticamente a execução da pena:

Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. (...)Enfatizou-se que a ampla defesa englobaria todas as fases processuais, razão por que a execução da sentença após o julgamento da apelação implicaria, também, restrição do direito de defesa, com desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. Ressaltou-se que o modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984 conferiria concreção ao denominado princípio da presunção de inocência, não sendo relevante indagar se a Constituição consagraria ou não, a presunção de inocência, mas apenas considerar o enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, sanção ou consequência jurídica gravosa que dependesse dessa condição constitucional.²⁶⁵

Nos termos do julgado pelos Ministros da nossa Corte Maior, a mera interposição dos recursos extraordinários, em que pese o disposto no art. 27, §2º, da Lei 8038/90²⁶⁶, impede a imediata execução da pena.

²⁶⁴ A expressão recurso extraordinário engloba o recurso especial dirigido ao STJ e o recurso extraordinário em sentido estrito de competência do STF.

²⁶⁵ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 84078/MG. Rel. Ministro Eros Grau, 5.2.2009, Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

²⁶⁶ O dispositivo enuncia que o recurso extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo.

Não obstante o posicionamento ter partido do intérprete máximo da Constituição Federal, da forma como restou decidido, o Supremo Tribunal Federal supervalorizou o direito fundamental à presunção de inocência do acusado em detrimento total do direito, igualmente constitucional, à proteção jurídico-penal eficiente da vítima e da sociedade. De fato, o direito fundamental à efetividade da tutela penal contida nas condenações exaradas pelas instâncias inferiores não recebeu a devida valoração e aplicação pelo STF.

Não custa repetir: nenhum direito fundamental é absoluto, superior *a priori* a outros direitos. Decerto, em virtude da natureza compromissória da Constituição Federal, a depender do caso concreto, os direitos fundamentais podem sofrer restrições no seu âmbito de proteção para que outros sejam aplicados.

Diante dessa lição, a presunção de inocência não pode ser considerada um direito absoluto, imune a restrições como decidiu o STF. Dito isso, tal princípio embora tenha o seu valor na elaboração de um sistema processual justo e ético, é passível de limitações no quando em colisão com direitos fundamentais. Não há, portanto, que se falar em uma precedência absoluta em relação aos direitos fundamentais de proteção penal eficiente.

A teoria constitucional leciona que as hipóteses de colisão de direitos fundamentais distinguem-se do conflito entre regras. De fato, diferentemente delas, no caso dos princípios o intérprete deverá realizar concessões recíprocas de modo a alcançar uma solução harmonizadora que preserve, o tanto quanto possível, a incidência de ambos no caso concreto.

E se assim é, o STF ao decidir pela prevalência integral da presunção de inocência em contraposição ao direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva e tomada em tempo razoável, não se mostrou consentâneo com essa técnica de resolução do conflito.

O STF ao se posicionar pela impossibilidade de execução quando interpostos os recursos excepcionais, acabou por privilegiar unicamente a presunção de inocência, nulificando, por outro lado, o direito à proteção processual penal

insuficiente. Assim, garantir ao réu, mesmo após a prolação de sentença condenatória confirmada em segunda instância, o direito de sempre recorrer em liberdade, descumpra a missão estatal de proteção efetiva do direito fundamental à punição dos crimes e dos criminosos.

Dito de outro modo, postergar o cumprimento da condenação após o julgamento definitivo pela instância extraordinária acaba por supervalorizar o direito de defesa do acusado em menoscabo à efetivação da tutela penal.

Quanto a essa interpretação, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que a leitura isolada da presunção de inocência solapou totalmente a obrigação estatal de uma resposta efetiva ao crime:

[...] adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução causará verdadeiro estado de impunidade (...) frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas.²⁶⁷

. Os deveres de proteção penal não admitem uma tutela penal deficitária na proteção dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade. Por sua vez, a falta de uma efetiva sanção penal em virtude da interposição automática de um recurso extraordinário menospreza o processo penal como instrumento de proteção integral. Nota-se, portanto, que o modelo garantista integral no tocante aos direitos da vítima e da sociedade ainda se encontra distante da prática judicial brasileira.

Assim sendo, para dar cumprimento ao dever de proteção estatal, propomos que a presunção de inocência deva ficar restrita até o julgamento final tomado nas instâncias ordinárias. Defende-se esse ponto de vista porque os tribunais superiores, no exercício da competência recursal excepcional, não decidem sobre matéria fática, ou seja, não discutem provas sobre a culpa ou a inocência do réu, mas apenas sobre tese jurídica. Nesse mesmo sentido, foi o que decidiu o Ministro Menezes Direito no referido HC nº 84.078/MG, para permitir a execução provisória da pena aplicada pela instância ordinária:

²⁶⁷ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 84078/MG. Rel. Ministro Eros Grau, 5.2.2009, Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados.²⁶⁸

Diante dessa constatação, a interpretação de se permitir, em regra, o início da execução após o julgamento definitivo pela instância ordinária, é a que mais se afina com a garantia de efetividade da tutela jurisdicional penal. Opera-se a relativização *constitucional* da presunção de inocência para que o direito à tutela jurisdicional efetiva encontre aplicação. Como bem decidiu o Ministro Joaquim Barbosa no referido HC 84.078/MG:

[...] a possibilidade de execução provisória do julgado vem da necessidade de dar efetividade ao processo, evitando que se frustre a condenação já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias [...].²⁶⁹

Com isso, a mera possibilidade de interposição dos recursos à instância extraordinária deixa de constituir um entrave automático ao início do cumprimento da condenação. De fato, com a limitação constitucional da presunção de inocência até o julgamento ordinário, somente em casos excepcionais, mediante a manifestação expressa dos tribunais superiores, é que a execução poderá ser suspensa. Em outras palavras, em atendimento à proibição de proteção deficiente, uma vez confirmada a decisão pelo tribunal de origem, competirá ao réu demonstrar a existência de nulidades para que haja a sustação da execução.

Vê-se, destarte, que a interpretação pretendida não ofende a ampla defesa, uma vez que o réu continua a ter o direito a ver os seus argumentos considerados nos tribunais superiores. O início da execução da condenação não impedirá o conhecimento do recurso, nem impossibilitará a defesa da liberdade do réu, haja vista a hipótese de sustação da decisão. O que muda é apenas que a suspensão dos efeitos da decisão não é mais automática, pois dessa forma confere-se o ideal equilíbrio entre os direitos fundamentais, conforme bem pontuou o Ministro Menezes Direitos, “[...] *um correto balanceamento capaz de proteger os direitos do*

²⁶⁸ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 84078/MG. Rel. Ministro Eros Grau, 5.2.2009, Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

²⁶⁹ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 84078/MG. Rel. Ministro Eros Grau, 5.2.2009, Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

réu e os direitos da sociedade, que também tem direito a uma eficiente proteção do estado".²⁷⁰

Portanto, nada tem de inconstitucional o disposto no art. 27, §2º, da Lei nº 8.038/90. A ausência de efeito suspensivo no processo penal cumpre o dever de proteção suficiente aos direitos fundamentais de proteção penal. A partir disso, a regra é o recebimento do recurso no efeito meramente devolutivo, iniciando-se o cumprimento da pena estabelecida na decisão condenatória.

Deve-se mencionar que a questão não se resume a uma regra meramente processual quanto aos efeitos dos recursos. A ausência de efeito suspensivo tem, nesse caso, estreita relação com a efetividade do direito material reconhecido na decisão proferida pelo tribunal *a quo*.

Em face disso, é justamente a não suspensão da decisão que instrumentaliza o Estado a prestar de maneira efetiva, e em prazo razoável, o dever de proteção jurídico-penal. Desse modo, a execução provisória da condenação tomada pelos órgãos ordinários impede a frustração do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos da vítima e da sociedade, bem como restabelece o respeito pelo trabalho das instâncias inferiores.

Quanto a isso, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade por excesso no direito à presunção de inocência. Igualmente vinculado à proibição de insuficiência, a disciplina legal que permite o imediato cumprimento do disposto na condenação vai ao encontro do dever de proteção penal, conforme bem esclareceu a Ministra Ellen Gracie:

[...] excesso nenhum quando o legislador torna eficaz, enquanto não modificada, uma sentença condenatória mantida pelo tribunal. Ele parte da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que ela é sempre desacertada.²⁷¹

²⁷⁰ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 84078/MG. Rel. Ministro Eros Grau, 5.2.2009, Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

²⁷¹ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 84078/MG. Rel. Ministro Eros Grau, 5.2.2009, Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

Ainda sobre tão espinhoso tema, é oportuno enfatizar a posição de Aury Lopes Jr. que coloca a problemática do direito de recorrer em liberdade não na dimensão da execução provisória, mas no âmbito da prisão cautelar. Para Aury, a prisão do réu antes do trânsito em julgado somente se faz viável se revestida de natureza cautelar.²⁷²

A tese de Aury, conquanto lógica sob o viés do garantismo negativo, choca-se frontalmente com o garantismo integral. Permitir que a prisão do réu se dê apenas nos casos em que reconhecidos os requisitos da prisão preventiva, não resolve satisfatoriamente a necessidade de se dar uma maior aplicabilidade à efetividade do processo penal. Com efeito, a prisão preventiva tem requisitos próprios e excepcionais que reclamam, em linhas gerais, a necessidade cautelar da prisão. A execução provisória, por sua vez, diz respeito à importância da entrega efetiva e em tempo razoável da prestação jurisdicional.

Nessa linha, parece-nos não ser razoável admitir a prisão cautelar, tomada com base em juízo sumário, e não permitir a execução da pena, fundamentada em cognição plena e exaustiva²⁷³. Aliás, sobre essa incongruência, citamos uma vez mais o Ministro Menezes Direito:

[...] admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (e é inevitável fazê-lo após o que dispôs o constituinte dos oitenta) e não admitir a prisão para a execução da pena é reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão.²⁷⁴

Por último, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal mesmo após à formação da tese esboçada no *habeas corpus* nº. 84.078/09, decidiu, pelo menos em duas possibilidades, a *imediata execução da pena quando vislumbrado o manejo de recurso com caráter nitidamente protelatório*.

²⁷² JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional*. v.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 554.

²⁷³ Sobre o tema da cognição, consultar WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2 ed. atual.: Campinas: Bookseller, 2000.

²⁷⁴ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 84078/MG. Rel. Ministro Eros Grau, 5.2.2009, Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

Ao apreciarem uma série de recursos de embargos de declaração no agravo regimental no agravo regimental no agravo regimental nos embargos de declaração dos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento n. 685.370, os Ministros determinaram a imediata execução da sentença condenatória, independentemente da publicação do acórdão, em face do caráter protelatório dos recursos. Ademais, no julgamento do HC nº 98.018, o Ministro Joaquim Barbosa decidiu que a execução da pena deve ocorrer ainda que ausente o trânsito em julgado, no caso de recurso manifestamente protelatório.²⁷⁵

Nos dois casos, o STF permitiu a execução da pena ainda que não transitada em julgado a decisão condenatória, por entender configurado o abuso no direito de recorrer. Ao menos nessa situação, a Corte permitiu a execução provisória por entender não ter configurada a transgressão aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. Pode-se extrair dessas decisões, a homenagem que o Supremo fez aos dispositivos condenatórios proferidos nas instâncias iniciais, dando-se prevalência à efetividade tempestiva da tutela jurisdicional em detrimento do mau uso do direito de defesa e da presunção de inocência.

Concluindo, a execução provisória da condenação definitiva tomada na instância ordinária não importa restrição excessiva aos direitos fundamentais do réu. Na espécie, a ausência do efeito suspensivo aos recursos extraordinários realiza o devido balanceamento entre a presunção de inocência e a necessidade de uma efetiva resposta estatal ao crime. O imediato cumprimento da condenação antes do julgamento definitivo das instâncias extraordinárias, longe de determinar o fim da presunção de inocência, realiza o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e à sociedade:

A execução provisória não significa o fim de direitos processuais inerentes ao indivíduo. (...). O processo justo aplicado desde o início da acusação em primeira e segunda instâncias, com observância do valor equânime da prova, com a garantia do contraditório e da ampla defesa e até mesmo com

²⁷⁵ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº. 98.018. Rel. Joaquim Barbosa. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14 mar. 2010.

efeito suspensivo de alguns recursos, garante a observância do princípio da presunção de inocência.²⁷⁶

5.6 Abuso do Direito de Defesa e duração razoável do processo penal (I)

No Estado Democrático de Direito, o processo penal tem duplo papel de respeito aos direitos de defesa do réu e, de outro lado, proteger o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Quanto a isso, Américo Bedê e Gustavo Senna são esclarecedores:

“[...] o processo penal precisa reconhecer e respeitar os direitos fundamentais do réu. No entanto, isso não pode representar uma blindagem processual ou tornar inviável a concretização do direito fundamental de segurança de todos os indivíduos, bem como do respeito aos direitos fundamentais da vítima”.²⁷⁷

Vale dizer em outros termos, que o processo penal não se reduz mais à função de operar como limite à atuação do *jus puniendi*. Com a mesma intensidade, fruto da teoria dos direitos fundamentais como deveres de proteção, o processo assume como norte a salvaguarda dos direitos da parte ofendida pelo crime.²⁷⁸

Como inevitável consequência dessa dupla abordagem do processo penal, na medida em que são proibidos excessos na atividade persecutória (proibição de excesso), de igual sorte, o abuso do direito de defesa também não encontra amparo quando a sua utilização comprometer o mínimo necessário para a eficiência da tutela jurisdicional penal (proibição deficiente).

²⁷⁶ FRISCHEINSEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. *Execução Provisória da Pena. Um Contraponto à Decisão do Supremo Tribunal Federal*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 429.

²⁷⁷ JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Garantismo e (Des)lealdade Processual*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 73.

²⁷⁸ MENDONÇA, Andrey Borges. *A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do Garantismo Integral*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010. p. 175: “(...) é necessária uma nova perspectiva diante do Direito Penal e do Processo Penal, que não podem mais ser vistos como responsáveis pelas violações dos direitos do cidadão, mas sim como seus aliados na proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, deve restar claro que no Processo Penal, ao lado da liberdade e demais garantias do acusado, estão se protegendo outros bens juridicamente fundamentais para a sociedade”.

A partir do panorama acima, o direito fundamental à ampla defesa não pode se confundir com comportamentos processuais abusivos, desleais, principalmente quando praticados com a intenção de protelar a entrega efetiva da tutela jurisdicional. Significa, assim, que o direito de defesa não é ilimitado, não comportando atitudes antiéticas que acabem por anular a efetividade do processo penal, uma vez que:

[...] comportamentos desleais por parte da defesa no processo penal acabam atingindo o interesse de toda a coletividade mormente quando visam criar obstáculos ilegítimos à pretensão punitiva do Estado, causando dilações indevidas, revelando menoscabo ao bom funcionamento do processo penal.²⁷⁹

Diante deste quadro, segundo lição precisa de Alexander Araújo, o exercício do direito de defesa está sujeito às regras de lealdade e correção, sendo inadmissível o abuso processual. Há, dessa forma, o dever de conciliar a garantia de defesa com a vedação ao abuso e à má-fé processual.²⁸⁰

Daí Bêde e Senna defenderem, com extrema propriedade, a existência do princípio da lealdade no processo penal, segundo o qual todos os sujeitos, inclusive o réu, devem manter uma conduta ética durante todas as etapas do procedimento.²⁸¹

Dentro desse objetivo, a prevenção e a repressão das condutas abusivas podem servir de instrumento auxiliar na tarefa estatal de proteção jurídico-penal suficiente. De fato, a efetividade da tutela penal pressupõe o respeito e o cumprimento dos deveres processuais. O bom uso dos atos processuais é fundamental para que o procedimento penal percorra todas as suas etapas dentro de um prazo razoável.

²⁷⁹ JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Garantismo e (Des)lealdade Processual*. . In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 78.

²⁸⁰ SOUZA, Alexander Araújo de. *O Abuso do Direito no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115.

²⁸¹ JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Garantismo e (Des)lealdade Processual*. . In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 78 JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Garantismo e (Des)lealdade Processual*. . In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 78.

Diante disso, é importante esclarecer que o controle da lealdade dos atos da defesa não implica diminuição dos direitos fundamentais do réu. Na verdade, o repúdio às atitudes desleais visa estabelecer o devido balanceamento dos direitos fundamentais do acusado com o dever de proteção processual do ofendido. A intenção é evitar que o êxito da defesa se dê de maneira inconstitucional, mediante atos processuais nitidamente procrastinatórios, abusivos, contrários à boa-fé.

Assim, as garantias processuais do réu não podem ser usadas ao bel-prazer da defesa, ilimitadamente. O direito à ampla defesa inserta no art. 5º, LV, CF, conquanto exigência impostergável do processo justo, não o qualifica como absoluto.²⁸²

Sobre o assunto, em igual sentido, Marmelstein lembra que o exercício dos direitos fundamentais não pode gerar uma situação de injustiça nem pode servir de desculpa para a prática de atos moralmente injustificáveis ou para a violação de direitos de terceiros. Em seu pensamento, baseado no princípio da proibição do abuso de direitos fundamentais, assevera que nenhum direito pode ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que vise à destruição de outros direitos fundamentais.²⁸³

Trazendo referida lição doutrinária para o processo penal, surge a ideia de que o direito fundamental à ampla defesa não pode servir de justificativa para prática de atos abusivos que sacrifiquem o direito fundamental da vítima a um procedimento eficiente e célere. A lealdade processual impõe a diretriz que a defesa não pode ultrapassar os limites do exercício legítimo, uma vez que a sua atuação:

[...] deverá guardar conformidade com o ordenamento legal, com a utilização dos meios admissíveis, não podendo, tampouco, desviar-se dos

²⁸² Nesse sentido, SOUZA, Alexander Araujo de. *O Abuso do Direito no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 120: “A Constituição da República de 1988, e seu art. 5º, LV, erigiu à categoria de garantia fundamental “a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, e, no tocante ao Júri, “a plenitude de defesa” (art. 5º, XXXVIII). Porém, em quaisquer dos sentidos que se pretenda utilizar as expressões “ampla e “plena”, para designar o direito de defesa, não se pode qualifica-lo como absoluto e irrestrito, pois o seu exercício deve encontrar lindes em outros valores e garantias igualmente relevantes, com os quais deve compatibilizar-se e viver harmoniosamente”

²⁸³ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. p.422.

imperativos da lealdade e probidade, a despeito da técnica processual que venha a ser utilizada.²⁸⁴

Destarte, o réu tem o direito fundamental a preparar a sua defesa, praticar todos os atos processuais necessários para alcançar uma posição jurídica favorável. Porém, o seu exercício não se compatibiliza com atos protelatórios. Uma vez mais Alexander Araújo é preciso ao enfatizar que:

[...] consubstancia abuso toda obstaculização da marcha processual com o fito de ocasionar delongas, não obstante se tente, aparentemente, fazer valer faculdades processuais.²⁸⁵

Assim, não se pode negar a existência na prática criminal de abusos da defesa que ultrapassam os limites constitucionais de tão caro princípio constitucional. Sobre atitudes desleais realizadas pela defesa com o propósito único de prolongar o desfecho do procedimento criminal, ilustra Baltazar Júnior:

Adotam-se expedientes para a tática processual de obstar o andamento do processo, como a repetição de habeas corpus e mandados de segurança idênticos, levantando matéria já discutida; juntada maciça de documentos irrelevantes, em quantidades que impossibilitam o seu exame; pedidos de provas claramente desnecessárias e protelatórias; arrolamento de grande número de testemunhas, algumas inexistentes ou que nada sabem sobre os fatos, às vezes residentes em outros Estados ou Países; vazamento de notícias na imprensa, expondo a honra de corréus; acusações infundadas de arbítrio de magistrado que conduz o feito, consubstanciadas em representação criminais ou administrativas; pressão ou violência contra testemunhas, e por aí afora.²⁸⁶

Nesses termos, dentre outras funções decorrentes, o dever de proteção eficiente consiste na entrega efetiva, e num tempo razoável, da tutela jurisdicional. Como protetor dos direitos fundamentais do ofendido, o Estado tem a obrigação de conduzir o processo sem delongas indevidas a fim de evitar a perda do direito de punir pela prescrição.

A par disso, a observância da probidade no processo penal é condição indispensável para a concretização da proibição da proteção deficiente quanto a um procedimento célere. Nessa perspectiva, é verdade que a garantia do devido

²⁸⁴ SOUZA, Alexander Araujo de. *O Abuso do Direito no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119.

²⁸⁵ ob. cit., p. 124.

²⁸⁶ BALTAZAR JÚNIOR, João Paulo. *Crime Organizado e Proibição da Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 171.

processo legal possibilita ao réu o tempo necessário para o exercício das suas garantias. Em razão dos valores em questão, a liberdade do réu, o direito de defesa reclama um procedimento sem a existência de óbices que possam inviabilizar a demonstração da inocência. Entretanto, com isso:

[...] não se deve permitir que o tempo hábil e os meios adequados à preparação da defesa, consecutórios de sua amplitude ou plenitude, se convertam em malicioso expediente procrastinatório com vistas ao alcance da prescrição penal.²⁸⁷

Existem, assim, limites traçados e impostos à defesa, sendo equívoco invocar o garantismo negativo para justificar posturas abusivas e desleais contrárias à finalidade constitucional. O direito de defesa não pode ser exercido de forma antiética, para além da sua finalidade constitucional de servir de barreira ao poder punitivo estatal.²⁸⁸

Assim, quando a defesa técnica operar com o propósito de procrastinar a marcha processual, o juiz terá a incumbência, com fulcro na proteção da proibição deficiente, coibir os abusos e aplicar as sanções aos responsáveis. Afinal, como bem nos lembra Dante Delmanto a respeito do dever de probidade da defesa técnica: “O advogado, por seu cliente, vai até a porta do cemitério; jamais nele adentra”.²⁸⁹

Nessa ordem, os deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais no processo impõem a necessidade de se instituir um sistema de repressão à litigância de má-fé com o objetivo de evitar ações maliciosas, embusteiras, fraudulentas e desonestas da defesa em detrimento da proteção suficiente dos direitos do ofendido.²⁹⁰

²⁸⁷ ob.cit., p. 124.

²⁸⁸ JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Garantismo e (Des)lealdade Processual*. . In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010, p. 74.

²⁸⁹ Citação retirada de DELMANTO JUNIOR, Roberto. *A lealdade na busca de provas no processo penal*. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 266.

²⁹⁰ JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Garantismo e (Des)lealdade Processual*. . In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral*:

Desse modo, o controle da litigância de má-fé da defesa no processo penal pode ser exercido de maneira *prévia* ou *posteriormente* ao ato inquinado de abusivo. No primeiro caso, o juiz exercerá um exame inicial de admissibilidade do ato defensivo no processo. Quanto ao último, o controle será feito *a posteriori*.

No que concerne ao controle prévio, a atividade do juiz consistirá no dever de, ao perceber a má-fé do ato, impedir o seu ingresso. Assim sendo, quando verificada, de pronto, a deslealdade, o juiz, com base na garantia fundamental à razoável duração do processo *pro societate*, indeferirá a prática do ato defensivo. Nesse viés, sendo o juiz um dos destinatários do dever de proteção, cabe-lhe assegurar o direito à razoável duração do rito criminal, “tomando as medidas necessárias para coibir o abuso no exercício do direito de defesa”.²⁹¹

A vantagem do controle prévio está na capacidade de evitar a prática do ato processual, importância que pode ser verificada principalmente na fase da instrução probatória, quando a defesa poderá requerer provas ou diligências impertinentes, inúteis ou protelatórias.

Destaca-se, aliás, que esse controle em avaliar a (des)necessidade da prova requerida pela defesa tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, conforme recentemente decidido no julgamento do HC 94.542, Rel. Min. Eros Grau, 3.2.2009. 2ª T. Na ocasião, os Ministros concluíram que não há cerceamento de defesa no indeferimento de diligências requeridas pela defesa, caso se entenda, mediante fundamentação, que as provas são desnecessárias para o julgamento do processo:

A Turma, por maioria, indeferiu habeas corpus em que condenado pelos crimes de abuso de poder e extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento alegava violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV e LIV) em vista do indeferimento de oitiva de testemunha na fase de instrução processual, o que teria ocasionado o cerceamento de sua defesa e conseqüente nulidade do feito. (...). Assentou-se que a jurisprudência do STF está alinhada no sentido de não constituir cerceamento de defesa o indeferimento de diligências requeridas pela defesa, se o julgador, a quem compete a avaliação da necessidade ou conveniência do procedimento então proposto. Asseverou-se, ademais, que a decisão a qual indeferiu a oitiva da testemunha da

questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador, Juspodivm, 2010, p 76.

²⁹¹ BALTAZAR JÚNIOR, João Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 171.

defesa está amplamente motivada, não cabendo a esta Corte substituir o juízo de conveniência da autoridade judiciária a respeito ou não dessa oitiva.²⁹²

Depreende-se da decisão tomada pelo STF que o direito à ampla defesa não obriga a admissão automática de prova testemunhal requerida pelo defensor. Na mesma linha, a jurisprudência da Corte Maior autoriza o juiz a decidir pela inadmissão da produção de prova requerida pela defesa quando não restar demonstrada a sua imprescindibilidade.

Para que o exercício desse controle prévio tenha o mínimo de eficiência e respeito ao direito de defesa, defende-se a prática de o juiz exigir do advogado a apresentação dos motivos pelos quais deseja a produção da prova. Desse modo, o magistrado, mediante a justificativa defensiva, avaliará a pertinência do meio probatório requerido.

A vantagem do sistema prévio de controle está em impedir a introdução do ato no processo. De fato, o controle prévio da imprescindibilidade da prova é a única medida com aptidão suficiente para coibir o prolongamento indevido da marcha processual. Ora, sobressai que a constatação posterior da inutilidade do meio de prova é insuficiente para o alcance da tutela processual penal célere e efetiva, uma vez que não há como recuperar o tempo perdido. Portanto, não há que se falar aqui em excesso estatal no direito de defesa. A medida de se exigir a justificativa prévia da prova se mostra necessária para se dar um mínimo de eficiência ao combate do abuso defensivo, pois não há outra maneira de se impedir a produção da prova testemunhal inútil.

Nesse ponto, é salutar a alteração legislativa realizada pela Lei 11.719, ao estabelecer no art. 400, §1º, do CPP a possibilidade de o juiz indeferir preventivamente as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Em sentido idêntico, ou seja, visando assegurar uma prestação jurisdicional célere e efetiva, o art. 222-A, incluído pela Lei 11.900/09, diz que a carta rogatória somente será expedida se demonstrada *previamente* a sua

²⁹² Supremo Tribunal Federal. HC 94.542, Rel. Min. Eros Grau, 3.2.2009, 2ª T. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 16 mar. 2010

imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio. A nova lei obriga a defesa a explicitar, antecipadamente, a importância da expedição da carta rogatória para o deslinde dos fatos.

Em ambos os casos, cuida-se de restrições constitucionais ao direito à ampla defesa, uma vez que se compatibilizam com o dever de controle prévio dos atos abusivos.

Na verdade, quanto ao art. 222-A, a norma não impede a expedição da carta rogatória requerida pela defesa. A legislação apenas condicionou a remessa da carta à demonstração da prévia imprescindibilidade. Trata-se, pois, de um constitucional sopesamento de direitos fundamentais realizado pelo legislador.

Aliás, foi por isso que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal 470, conhecido como o caso “Mensalão”, julgou constitucional o art. 222-A. Na espécie, o Pleno determinou que os réus demonstrassem previamente a imprescindibilidade dos depoimentos de testemunhas arroladas no exterior:

O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada em ação penal – movida pelo Ministério Público Federal contra 40 pessoas acusadas da suposta prática de crimes ligados ao esquema denominado “Mensalão” -, para, por maioria, deferir a expedição da carta rogatória para a oitiva de parte das testemunhas, residentes no exterior, arroladas por réus da citada ação penal, fixando, para o seu cumprimento, prazo de 6 meses a partir da data da expedição. Entendeu-se que somente em relação a alguns réus teria sido demonstrada a imprescindibilidade da prova oral requerida, conforme exigido pelo art. 222-A do CPP. **Rejeitou-se, ainda, a alegação de inconstitucionalidade do referido preceito, examinando-a sob dois aspectos. Quanto à exigência da demonstração prévia da imprescindibilidade das cartas rogatórias, aduziu-se tratar-se de norma que, em última análise, teria explicitado diretriz já imposta ao juiz, consistente no dever que lhe incumbe de velar pela rápida solução do litígio, indeferindo as provas inúteis, impertinentes ou protelatórias, nos termos do que prescreve o art. 125, II, do CPC, c/c o art. 3º do CPP deste mesmo diploma legal. Asseverou-se que a aludida norma seria consentânea com o inciso LVVIII do art. 5º da CF, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.**²⁹³

Como se observa, a Corte foi explícita quanto à constitucionalidade do art. 222-A, por entender que a norma processual atende ao dever constitucional da

²⁹³ Supremo Tribunal Federal. AP 470 QO/MG Rel. Ministro Joaquim Barbosa, 10.6.2009, Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 15 mar. 2010

duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), que garante a todos, celeridade na tramitação do litígio. Podemos, assim, dizer que a norma do art. 222-A, do CPP, concretizou a diretriz fundamental que determina a rapidez nos julgamentos penais (art. 5º, LXXVII, CF).

Enfim, segundo o STF, o juiz está autorizado a indeferir a expedição de rogatória inútil, impertinente ou protelatória, haja vista o dever de tutela processual que obriga a rápida solução do litígio, tudo em conformidade com os ditames da proibição da proteção deficiente no processo penal.

Ademais, embora a norma faça alusão somente às cartas rogatórias, acredita-se ser possível a sua aplicabilidade ao regime das cartas precatórias, principalmente quando se observa essa espécie de cooperação jurisdicional não raro sendo utilizada com má-fé, com nenhum objetivo a não ser dilatar o processo. Por essa razão, temos aplicável por analogia (art. 3º, CPP) o artigo 222-A às cartas precatórias. Nesse passo, nos mesmos moldes da carta rogatória, o juiz deverá exigir previamente do advogado do réu, a demonstração da imprescindibilidade da expedição da carta a fim de exercer um controle eficiente, atendendo prontamente ao dever de proteção processual em favor da solução rápida do caso penal.

Outro exemplo que merece atenção é o caso da citação por hora certa recentemente introduzida no processo penal, objeto de análise no próximo tópico.

5.7 Abuso do Direito de Defesa e a duração razoável do processo: o caso da citação por hora certa (II)

O art. 362, caput, do Código de Processo Penal, em sua redação anterior, previa a citação por edital na hipótese de o réu se ocultar para não ser citado²⁹⁴. A dúvida que esse dispositivo legal trouxe à época consistiu em saber se seriam ou não suspensos os prazos da prescrição e o processo, nos termos do que diz o art. 366, CPP.

²⁹⁴ Art. 362. Verificando-se que o réu se oculta para não ser citado, a citação far-se-á por edital, com prazo de 5 (cinco) dias.

No campo doutrinário, Bêde e Senna entendem que a providência do art. 366 somente se justificaria para o réu que efetivamente não teve conhecimento da acusação, sendo incabível àquele que se oculta, já que nesse particular o acusado impede a ciência pessoal da imputação. Nessa situação, antevendo abuso no direito de defesa, proclamam os autores que a paralisação do processo seria o mesmo que “(...) premiar a astúcia do réu em detrimento do interesse público no regular prosseguimento do processo”.²⁹⁵

O fato é que diante da falta de um mecanismo capaz de reprimir a conduta do réu que se oculta para não receber a citação, o art. 362 do CPP, modificado pela 11.719/2008, instituiu em boa hora a citação por hora certa, reforçando o sistema processual de contenção de atos abusivos.

Com efeito, pelo teor da nova lei, o acusado que se oculta no momento da citação negar-lhe-á o direito à realização da comunicação por edital. Doravante, portanto, o caso não será mais de aplicação do art. 366, CPP. Nos termos da reforma, verificando-se que o réu se esquiva do ato citatório, o oficial de justiça procederá à citação por com hora, ou seja, e aqui reside a grande importância do dispositivo para a efetividade do processo, o procedimento não será suspenso, sendo nomeado um defensor dativo ao réu que deixar de apresentar resposta.

A disciplina da citação por hora certa representa uma solução consentânea com o dever de proteção eficiente no processo penal, na medida em que determina o desenvolvimento do procedimento quando se percebe a má-fé do réu em protelar o início da persecução criminal.

Longe de representar uma inconstitucionalidade por ofensa a direitos fundamentais do réu, a citação por hora certa realiza uma ponderação conciliatória entre os referidos direitos e o dever estatal de proteção processual. Visto que o exercício da ampla defesa não se confunde com atos processuais abusivos, a conduta de se ocultar para não ser citado revela que a intenção do réu é procrastinar o andamento do feito, prática não albergada por qualquer direito fundamental.

²⁹⁵ JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009, p. 136.

No mais, essa espécie de comunicação sofre limitações na sua aplicação justamente para permitir o exercício da defesa pelo próprio acusado. De fato, a citação por hora certa somente será realizada quando demonstrado cabalmente, após procedimento extremamente cauteloso realizado pelo oficial de justiça, que o réu se oculta para não ser citado.

Portanto, a citação por hora certa não pode ser realizada como primeira alternativa, mas sim como última opção, pois a lei determina expressamente o prévio esgotamento das diligências quanto à possibilidade de citação pessoal. É a leitura que se faz dos artigos 227 a 229, do Código de Processo Civil, aplicáveis subsidiariamente ao processo penal (art. 362, CPP).²⁹⁶

Como se vê, o a lei homenageia, inicialmente, os direitos de defesa. A prioridade é a citação pessoal. A restrição constitucional é válida em última instância, quando comprovado o abuso, o intento do réu em violar a celeridade razoável do processo. Nesse sentido, tal como se dá no caso do art. 222-A, a citação por hora certa concretiza no processo penal a diretriz fundamental que determina celeridade nos julgamentos penais (art. 5º, LXXVII, CF).

Assim, diverge-se de Aury Lopes quanto à duvidosa constitucionalidade da citação por hora certa. Um dos expoentes do garantismo negativo sustenta que a presente modalidade de comunicação representa uma perigosa forma de comunicação processual, pois ressuscita a possibilidade de haver processo sem o conhecimento do acusado. Por tal razão, para que não haja retrocesso no processo penal, defende-se a interpretação de que, caso o réu citado por hora certa não apresente resposta nem constitua defensor, seja realizada a

²⁹⁶Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar. Art. 228. No dia e hora e designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência. §1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando tenha ocultado em outra comarca. §2º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome. Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe tudo ciência.

citação por edital e, persistindo a inatividade do acusado, a suspensão do processo e da prescrição, nos termos do art. 366, CPP.²⁹⁷

A interpretação extremamente garantista de Aury tem o condão de premiar a malícia do réu, deixando sem proteção suficiente os direitos fundamentais da vítima e da sociedade à rápida solução do litígio²⁹⁸. O fundamentalismo hermenêutico do garantismo negativo é tão intenso que nem mesmo o fato de o réu agir de má-fé ao se ocultar é capaz de desvelar o “outro lado” do garantismo, no caso, o dever de tutela processual eficiente representado pelo regular desenvolvimento do procedimento rumo à entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável e justo.²⁹⁹

A citação por hora certa configura um meio eficiente colocado à disposição do juiz para dar o devido impulso oficial ao processo. Fornece valioso meio de aceleração constitucional do procedimento, surgindo como instrumento importante na concretização do dever estatal de proteção eficiente.

5.8 A proibição de proteção deficiente, Ministério Público e efeito dos recursos contra decisões judiciais que indeferem medidas cautelares (prisão preventiva, liberdade provisória, busca e apreensão)

Em continuação ao exame das situações em que notamos uma carência de proteção eficiente no processo penal, uma que chamou a atenção diz respeito aos efeitos do recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão que nega medida cautelar.

²⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 17.

²⁹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16. O compromisso com a teoria do garantismo negativo mostra-se tão exagerado que Aury, para criticar a citação com hora certa, chega até ao ponto de desacreditar o oficial de justiça, ao dizer que ele se presta a todo tipo de manobra fraudulenta para prejudicar o réu. Parte o autor de uma presunção descabida da má-fé do oficial de justiça. Em verdade, diz o autor: “É uma imensa responsabilidade que se deposita nas mãos de um oficial de justiça e que deve ser estritamente controlada pelo juiz, **eis que se presta a todo tipo de manobra fraudulenta ou mesmo para prejudicar o réu.** Deverá ter o juiz extrema cautela em aceitar uma certidão com esse conteúdo, sendo aconselhável a repetição do ato e, se houver alguma suspeita sobre a veracidade do conteúdo, substituir o servidor.

²⁹⁹ A expressão é utilizada por STRECK. Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 133.

Nessa hipótese, a deficiência do processo consiste na total ausência de mecanismos processuais hábeis à disposição do Ministério Público para reverter, com a necessária urgência e efetividade no juízo *ad quem*, decisões que indeferem medidas cautelares. Em provimentos judiciais que negam indevidamente prisão preventiva, liberdade provisória e busca e apreensão, os efeitos do recurso contras essas decisões são insuficientes para o Ministério Público alcançar a tutela cautelar no segundo grau.³⁰⁰

A lei processual penal que disciplina a sistemática recursal não disponibiliza para o Ministério Público um remédio de urgência apto a corrigir decisões contrárias ao dever de proteção processual. O Código de Processo Penal não apresenta medidas com capacidade de assegurar, na instância superior, o resultado útil da cautelar negada no juízo *a quo*. Com efeito, o processamento e os efeitos do recurso em sentido estrito não são adequados para alcançar, com a necessária presteza, a medida perante o tribunal competente.

As etapas a serem cumpridas pelo Ministério Público para que o pedido recursal chegue ao tribunal exige um dispêndio de tempo incompatível com a urgência da cautelar. A interposição do recurso diretamente no próprio juiz que negou o pedido, seguido da apresentação de contrarrazões e a possibilidade de retratação³⁰¹, para somente a partir daí o pedido subir ao tribunal, demonstra a toda prova que o recurso se apresenta insuficiente na tarefa de garantir a efetividade da medida cautelar. A situação se agrava ainda mais quando se verifica a omissão na lei quanto à possibilidade do relator do recurso antecipar, de logo, *ad referendum* do colegiado, os efeitos da medida cautelar.

No caso da busca e apreensão, há um fator adicional que dificulta a efetividade do deferimento da medida em segundo grau. É que para o sucesso da

³⁰⁰ Como bem salientado por GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.129: “Cabe notar, ainda na seara do processo penal, que a decisão de revogação da prisão flagrancial ou cautelar desafia apenas o **não efetivo ‘recurso em sentido estrito’**, artigo 581, IV, do Código de Processo Penal, que devolve a questão aos tribunais de recurso sem nenhuma urgência. Quando do julgamento, não raro os desdobramentos posteriores do processo e a singela passagem do tempo já tornam prejudicado o seu exame. (negrito nosso).”

³⁰¹ A possibilidade de o juiz se retratar da sua decisão é denominada pela doutrina de efeito regressivo dos recursos.

medida é imprescindível que o ato se realize sem o conhecimento da parte contrária, ou seja, sem o contraditório. Entretanto, conforme dicção legal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões.

Assim, da forma como disposto o recurso pela lei processual penal, referidas decisões ficam praticamente imunes ao controle de urgência no segundo grau. Nesse particular, os remédios processuais contra essas decisões não promovem a necessária proteção dos direitos fundamentais.

É evidente que o recurso à disposição do MP é insuficiente na tarefa de controlar a atuação do juízo *a quo*, havendo uma carência notória nos instrumentos de revisão das decisões cautelares por ele negadas.

Tem-se, assim, ante as situações aventadas, a premente necessidade da elaboração de uma interpretação que seja capaz de potencializar a capacidade desses recursos em conferir a tutela cautelar. No caso, acreditamos que o *periculum in mora pro societate* exige a adoção de um meio processual adequado para cassar a decisão que se omite quanto ao dever de proteção jurídico-penal. Nesse diapasão, deve o Poder Judiciário prestigiar o direito da vítima e da sociedade a uma tutela cautelar efetiva, preenchendo a lacuna deixada pela lei.

Posta a questão nesses termos, na hipótese de indeferimento de uma medida cautelar no primeiro grau, sugerimos a seguinte interpretação: o Ministério Público interporá o recurso perante ao juízo *ad quem*, ultrapassando todas as etapas permitidas na primeira instância, oportunidade em que requererá a imediata concessão da medida ao relator, numa espécie de concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso.

Assim sendo, negado o pedido de prisão preventiva, a interposição se dará diretamente no órgão superior, ocasião em que o promotor pedirá imediatamente a providência recursal, concedendo-se, de plano, o que foi negado em primeiro grau. Confere-se, portanto, efeito ativo ao recurso, antecipando-se a tutela cautelar.

Quanto ao indeferimento da busca e apreensão, a solução processual é idêntica à apresentada acima, com a particularidade, pela própria natureza fática da medida, de o recurso ter que ser julgado sem contraditório.

Como se viu, o conhecimento da diligência da busca e apreensão pelo interessado importará fatalmente na ineficiência da medida. Desse modo, a inexistência do direito à informação da parte contrária resta justificada pelo fato de que referido remédio processual consubstancia um prolongamento, em segundo grau, do que foi negado no primeiro. Dito de outro modo, se a medida de busca e apreensão é concedida no juízo *a quo* sem a oitiva do investigado, justamente para evitar o perecimento do objeto, sustentamos por consequência lógica, sob pena de ineficácia, a providência de o pedido recursal ser analisado pelo juízo *ad quem* sem o contraditório.

Pelo exposto, diante do indeferimento de busca e apreensão, a dialeticidade dos recursos restará suprimida para que o direito fundamental à proteção jurídico-penal seja efetivado. Opera-se, assim, uma restrição ao contraditório recursal. A presente solução processual apresenta-se, pois, constitucional, posto estar em concordância com o direito fundamental à efetividade do processo penal.

Restam superados os principais obstáculos à efetividade do pedido cautelar em segundo grau. A demora e a ausência de efeito imediato ao recurso são contornadas para se atingir a proteção processual do “outro lado” dos direitos fundamentais. Acredita-se que essa interpretação preenche uma omissão no dever de tutela jurisdicional efetiva.

6 CONCLUSÃO

1) A primeira função acometida aos direitos fundamentais foi a de servir como barreira às ações estatais abusivas. Segundo a perspectiva subjetiva de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituíam, *unicamente*, escudos de proteção contra os agentes estatais. São denominados de direitos de defesa ou de omissão contra os poderes públicos, uma vez que nessa fase o Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem.

2) Conquanto não tenham perdido importância, uma nova faceta vem se destacando ao agregar um conjunto de novos efeitos e possibilidades. De uma postura inicial de abstenção, os direitos fundamentais desnudam uma nova função para o Estado, ao prescrever um *dever de proteção* contra ataques provenientes dos particulares. Nesse sentido, o Estado passa a ostentar a figura de garantidor dos direitos fundamentais contra agressões de particulares.

3) Os direitos fundamentais como direitos de defesa influenciam o processo penal quando preconizam que ele não pode ser visto como instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de garantidor da liberdade do indivíduo e limitador do poder. A instrumentalidade do processo penal reside na constatação de que o réu é o mais débil, frente a um Estado forte e opressor, e que, por essa razão, é muito mais um meio de salvaguarda dos direitos fundamentais daquele do que propriamente um meio de efetivação da pena ao agressor.

4) Por outro lado, a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, chega-se à ideia de que o processo penal serve, simultaneamente, para limitar o poder de punir e para combater o crime. A instrumentalidade do processo penal em conformidade com a dupla perspectiva dos direitos fundamentais é, portanto, *bifronte*. Um processo penal de proteção integral dos direitos fundamentais de ambos os lados envolvidos no crime.

5) Para se atender a multifuncionalidade dos direitos fundamentais como decorrência das perspectivas subjetiva e objetiva, o processo penal não pode ser máximo como meio de defesa do réu, nem ainda um processo mínimo em garantir os direitos do réu. O processo penal compatível com a totalidade dos direitos fundamentais reside no equilíbrio e na proteção integral dos direitos do réu, da vítima e da sociedade, que tenha como objetivo a garantia da coexistência harmônica entre os direitos da defesa (proteção negativa) e os direitos da vítima e da sociedade (proteção positiva).

6) A incidência das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais no processo penal abrem espaço para uma discussão e um redimensionamento do que se deve entender por garantismo.

7) No campo do direito e do processo penal, a teoria garantista negativa de Ferrajoli se baseia na restrição do poder e na ampliação da esfera de direitos do acusado. A preocupação central reside no mais débil, o réu, sendo o Estado visto com pessimismo. Fundamenta-se na minimização do direito penal por intermédio de um amplo sistema de garantias penais e processuais que condicionam o exercício do *jus puniendi*.

8) Conquanto legítima e constitucional, a teoria do garantismo de Ferrajoli merece uma complementação, haja vista tratar de única concepção de direitos fundamentais, traduzindo-se em uma determinada versão de garantismo, que não corresponde às diversas funções dos direitos fundamentais.

9) Adverte-se, assim, seguindo lição de Luciano Feldens adverte, para a impropriedade de se considerar a teoria do garantismo como uma teoria exclusiva do Direito Penal ou mesmo do processo penal, embora perfeitamente aplicada a esses setores.

10) A teoria do garantismo tem base constitucional direcionada à otimização dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado assegurar juridicamente a sua realização, dentro de uma dinâmica que abraçe as funções estatais de proibição de intervenção e imperativos de tutela dos direitos fundamentais.

11) Ser garantista no processo penal não significa adotar uma postura contrária à intervenção jurídico-penal e, tampouco, postular pela aplicação da solução processual mais benéfica ao acusado.

12) O garantismo jurídico, mais consentâneo com a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, é aquele que propõe um equilíbrio entre os direitos de defesa e os direitos de proteção estatal.

13) O garantismo negativo precisa ser superado por um garantismo integral de ampla proteção dos direitos fundamentais. Ao lado da função de limitação ao *jus puniendi*, própria dessa espécie, soma-se o garantismo positivo, resultando numa ampla e integral proteção dos direitos fundamentais, ou seja, em um garantismo integral.

14) O modelo garantista integral tem o objetivo de equilibrar os direitos fundamentais envolvidos no conflito penal. Procura realizar uma interpretação compreensiva e totalizadora dos direitos fundamentais do réu e da vítima. Uma interpretação, portanto, que sem abrir mão da proteção do réu contra qualquer forma de arbítrio, busca ao mesmo tempo fórmulas capazes de proteger a vítima e a sociedade positivamente.

15) É necessário, pois, um novo olhar sobre processo penal que não seja voltado, exclusivamente, para o indivíduo-acusado, mas, também, para a vítima e para todos os cidadãos, ao garantir um instrumento que realize uma existência livre e pacífica entre os membros da sociedade.

16) O princípio da proibição da proteção deficiente decorre da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e do modelo garantista integral. Significa que o Estado descumprirá a sua função de tutela não só quando atuar arbitrariamente na esfera jurídica do cidadão, mas, também, na hipótese de não atuar ou quando atuar de modo *deficiente/insuficiente* no exercício da defesa dos direitos individuais.

17) O princípio da proibição da proteção deficiente no processo penal tem por objetivo concretizar o dever mínimo de proteção estatal dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade.

18) A proteção da insuficiência pode ser compreendida como um parâmetro interpretativo de controle contra medidas processuais que se mostrem ineficazes na tutela dos direitos fundamentais das pessoas ofendidas pelo crime, ou seja, um modo de examinar se o Estado esteve aquém ou não na tarefa de proteção jurídico-penal. Assim sendo, todo ato normativo ou pronunciamento judicial somente será constitucional quando atender o princípio da proporcionalidade na face da proteção deficiente.

19) Assim, torna-se imprescindível a existência de normas processuais adequadas e suficientes voltadas para uma integral tutela dos direitos fundamentais, pois de nada adiantará o Estado criar tipos penais e não dispor de normas de organização e de procedimento que concretizem efetivamente essa proteção.

20) A proibição de insuficiência no processo penal não se confunde com o número de condenações. Considera-se o princípio atendido na elaboração de atos e procedimentos que permitam uma rápida solução do caso penal a excluir a possibilidade de prescrição e, que igualmente, forneça meios eficazes de obtenção de prova no sentido de evitar absolvições por insuficiência de provas.

21) O atual sistema de investigação preliminar realizado pela Polícia Judiciária nos casos de crimes praticados por policiais e agentes influentes do Poder Executivo precisa ser transferido para o Ministério Público.

22) A interpretação que pretende proibir a interceptação telefônica quando alcançado o prazo de 30 (trinta) dias, sem o exame e a ponderação cuidadosa do caso penal em concreto, apresenta-se inconstitucional em virtude da violação da proporcionalidade na faceta da proibição deficiente.

23) Inserir os crimes de abuso de autoridade na categoria de infração de menor potencial ofensivo viola frontalmente a obrigação de intervenção jurídico-penal proporcional na face da proibição da proteção deficiente

24) A cooperação jurídica internacional entre países na repressão contra a criminalidade globalizada não pode ficar abaixo do limite necessário. O Brasil fica obrigado, assim, a estabelecer mecanismos de cooperação direta com as outras nações, em razão de uma maior celeridade e informalidade quando comparada com o instituto da carta rogatória.

25) A decisão do Supremo Tribunal Federal de impedir a execução da condenação quando ainda pendente de julgamento pelas instâncias extraordinárias terminou por privilegiar, unicamente, a presunção de inocência, nulificando, por outro lado, o direito à proteção processual penal insuficiente.

26) O direito fundamental à ampla defesa não se confunde com comportamentos processuais abusivos, desleais, principalmente quando praticados com a intenção de protelar a entrega efetiva da tutela jurisdicional. A observância da probidade é indispensável para a concretização da proibição da proteção deficiente quanto a um procedimento célere. Nesse ponto, são constitucionais as alterações realizadas pela Lei 11.719, art. 400, §1º, do CPP, e o art. 222-A, incluído pela Lei 11.900/09.

27) A citação por hora certa representa uma solução consentânea com o dever de proteção eficiente no processo penal, na medida em que determina o desenvolvimento do procedimento quando se percebe a má-fé do réu em protelar a persecução criminal.

28) Constatamos a deficiência do processo penal na ausência de mecanismos processuais hábeis à disposição do Ministério Público para reverter, com a necessária urgência e efetividade no juízo *ad quem*, decisões que indeferem medidas cautelares.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Crime Organizado e Proibição da Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. (In) Temas de Direito Constitucional, tomo III*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2005.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Garantismo e (Des)lealdade Processual*. . In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010.

BIZZOTO, Alexandre. *A Inversão Ideológica do Discurso Garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CALABRICH, Bruno. *Pequenos Mitos sobre a Investigação no Brasil*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. traduzido por José Antônio Cardinalli. 6 ed. Campinas-SP: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Garantismo Penal Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, L.G Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4º ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública*. (In). MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Acesso à Justiça & Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

CARVALHO, Saulo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Coleção Estudos Monográficos. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *A lealdade na busca de provas no processo penal*. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Clássicos jurídicos: Direito Processual Penal*. Reimpressão. Lisboa: Coimbra, 2004.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *A Conformação Constitucional do Direito Penal: Realidades e Perspectivas*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal e jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

_____; ALMEIDA, José Raul Galvão de; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *O tempo e o movimento no processo penal: a eficiência e o garantismo em uma visão equilibrada do processo penal*. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009.

FERNANDES, Fernando. *Processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002.

_____. *O direito como um sistema de garantias*, in *O Novo em Direito e Política*, Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998.

FISCHER, Douglas. *O que é Garantismo Penal (integral)?*, In CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. Salvador: Juspodivm, 2010.

FRISCHEINSEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. *Execução Provisória da Pena. Um Contraponto à Decisão do Supremo Tribunal Federal*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *A Lista de Shindler: sobre abismos que o Direito dificilmente alcança*. Tradução: Ricardo Menna Barreto e Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal, v. 4: Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2008.

_____. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Penal, v. 4: Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. MOLINA, Antônio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. v.1. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de Palermo*. 2. ed. Belo Horizonte, 2009.

GONÇALVES, Luiz Carlos do Santos Gonçalves. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HAMILTON, Sergio Demoro. *A razoável duração do processo e seus reflexos no processo penal*. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional*. v.I. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade constitucional, v. II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. 2. ed. Coleção Direito e Ciências Afins. vol. 3. São Paulo: RT, 2009.

_____. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das leis*. Coleção Direito e Ciências Afins. vol. 4. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO; Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges. *A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do Garantismo Integral*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; Pelela, Eduardo (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador, Juspodivm, 2010.

MONTERO AROCA, Juan. *Princípios del processo penal - una explicacion baseada en la razón*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Curso de Processo Penal*. 10 ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas*. Revista de Direito do Estado, nº 14. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

PRADO, Geraldo. *Limites às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Acesso à Justiça & Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. *O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16ª ed., rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

ROBINSON, Jeffrey. *A Globalização do Crime*. trad. Ricardo Inojosa. São Paulo: Ediouro, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em busca de uma Criminologia da Não Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4 ed. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 5 de agosto de 2009.

_____. *Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos*. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 5 de agosto de 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SEIXAS, Raimundo Jorge Santos; RAMOS NAGADO, Bartira Meira. *A atuação do Brasil no banco dos réus no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 5, n. 76, jan./fev. 200.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2008.

SOUZA, Alexander Araujo de. *O Abuso do Direito no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio. *Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*. (In)

STRECK, Lenio (org.) *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *O dever de proteção do Estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?”* Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em 20 de março de 2009.

_____; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; MORAIS, Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? o crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TIBURCIO, Carmen: *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2 ed. atual.: Campinas: Bookseller, 2000.

SÍTIOS CONSULTADOS NA INTERNET

<http://www.corteidh.or.cr>

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

<http://www.leniostreck.com.br>

<http://www.mundojuridico.adv.br>

