

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

MARCOS LEITE GARCIA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Marcos Leite Garcia; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-404-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Esta obra que ora temos a honra de apresentar é fruto de mais um evento patrocinado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Os artigos são oriundos do IV Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema central: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021.

De fato, este é mais um evento realizado na modalidade virtual, que não pode ser realizado de forma presencial, por razões de segurança sanitária, em decorrência da pandemia do COVID-19, registrando-se que o Brasil enfrenta uma crise na área de Saúde, sem precedentes, sendo certo que na data da redação da presente (23/11/2021), o país contabiliza 613.123 mortes e 22,3136 milhão de casos de pessoas infectadas com coronavírus.

Entretanto, mesmo diante da gravidade dos fatos, o evento foi realizado de forma virtual, por meio de um conjunto de ferramentas que exibia palestras, painéis, fóruns, assim como os grupos de trabalhos tradicionais e apresentações de exibição, alterações ou o formato e as edições já usadas durante os eventos presenciais, com o emprego da plataforma RNP (Rede Nacional de Ensino e Pesquisa), tudo após grande esforço da comissão organizadora do evento.

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado Direitos e Garantias Fundamentais II e pela organização desta obra.

Assim, no dia 10 de novembro de 2021, vinte artigos ora selecionados foram apresentados e defendidos pelos seus autores, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

O primeiro artigo intitulado “Povos indígenas: um comparativo entre a Constituição Federal do Brasil de 1988 e a Constituição do Equador de 2008”, de Débora Zanini Ghellere, trata

dos textos constitucionais do Brasil e do Equador, no que tange a proteção dos povos originários.

Em seguida, Maria Cristina Teixeira e Flavia Piva Almeida Leite, no artigo “O financiamento da educação na Constituição de 1988 – A Emenda Constitucional 108/2020” visa sistematizar e analisar o financiamento da educação na Constituição de 1988, promovendo uma reflexão que considere os aspectos históricos, econômicos e sociais de cada período e os impactos que as alterações realizadas pelas Emendas Constitucionais 14/1996, 53/2006, 59/2009 e, especialmente a 108/2020, produziram em sua realização.

Depois, em “O reconhecimento do direito de estar triste e a proteção da integridade psíquica do ser humano na perspectiva dos direitos da personalidade”, de Lidiane Moura Lopes e Maria Vital Da Rocha se propõe a examinar o direito de estar triste, em contraposição à realização da felicidade como meio de alcançar a dignidade humana, por meio de um diálogo com a psicologia, a psiquiatria e com fulcro nos direitos da personalidade e análise de alguns julgados dos tribunais brasileiros.

Ato contínuo, no artigo “Direito, Sustentabilidade e Violência nas favelas da Maré: um direito fundamental à segurança pública em aglomerados”, Pedro José de Campos Garcia, Jádna Cristina Germânio de Souza Ferreira e Tiago Batista Leal se dedicam a estudar a violência no complexo da Maré, no Município do Rio de Janeiro, que afeta a saúde mental daquela população, bem como a sustentabilidade e o direito fundamental à segurança pública.

Logo depois, em “Direito fundamental à vida e projeto necropolítico da modernidade: as respostas do constitucionalismo latino-americano”, Lara Ferreira Lorenzoni examina o conceito de necropolítica, buscando compreender o direito à vida na modernidade, em especial nas regiões coloniais.

O sexto artigo intitulado “A privacidade na era digital sob a égide da LGPD, de Lucas Gonçalves da Silva e Jefison De Andrade Das Chagas, se dedica a examinar e identificar os reflexos da LGPD no direito à privacidade, apontando os reflexos positivos da nova legislação, dentre os quais se encontram: o fortalecimento do controle, por parte dos usuários, dos seus próprios dados, uma maior segurança jurídica aos usuários, a previsão de sanções e o direito à reparação em caso de violação.

Depois, Ana Débora Rocha Sales, Marcella Mourão de Brito e Alexandre Antônio Bruno da Silva, no artigo “O Princípio da Vedação ao Retrocesso na reforma da Previdência no Brasil trata sobre reforma da previdência e o princípio da reserva do possível, que age como uma

limitação aos direitos sociais, levando em consideração os recursos disponíveis pelo Estado, enfatizando o desrespeito ao princípio da vedação ao retrocesso.

No artigo denominado “A violência sexual e física sofrida pelas mulheres em situação de rua no Brasil e a proteção do direito fundamental da dignidade humana”, Bruna Nogueira Guimarães Tibo e Jessica Teodoro Xavier abordam a violência contra a mulher em situação de rua e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, Eliana Cristina dos Santos Farcic e Edmundo Alves de Oliveira, no artigo “Brasil, mapa da violência e intolerância religiosa. educação e ensino cultural sob a égide da Constituição Federal e da BNCC” analisam os dados do Disque 100 mapeando conflitos, resultados quantitativos diante da Constituição Federal e do texto base da BNCC, em busca de novos caminhos para a construção de uma sociedade equilibrada, pacífica e religiosamente respeitosa.

No décimo artigo “Direito a saúde e pandemia: o impacto econômico e social do coronavírus no Brasil”, Almir Gallassi destaca a omissão do Estado brasileiro contribuiu para o grande número de mortes proveniente do novo Coronavírus e as medidas efetivas no combate à pandemia da Covid-19, no que se refere à prestação de serviços essenciais para a preservação e manutenção da vida.

A seguir, Diones Cristian Melha e Guilherme Dill, no artigo “A proporcionalidade e o garantismo penal no constitucionalismo brasileiro”, tratam da aplicabilidade do garantismo penal e sua constitucionalidade no sistema penal brasileiro, as suas transformações jurídicas democráticas, bem como a figura do garantismo penal, o princípio da proporcionalidade, o garantismo negativo e a vedação ao excesso e o garantismo positivo e a vedação à insuficiência.

Depois, Bruno Oliveira Falcão, no artigo “Do espaço da Constituição ao lugar do ensino: o direito fundamental à educação e a regulamentação do ensino domiciliar” estudam a adequação dos projetos de lei que regulamentam a educação domiciliar no Brasil ao direito à educação conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em especial os projetos de lei 3179/2012, 2401/2019 e 3262/2019 são examinados à luz dos marcos teóricos fixados anteriormente.

O décimo terceiro artigo, de Júlio César Laureano e Fabio Fernandes Neves Benfatti nominado “A Lei Geral de Proteção de Dados pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios

constitucionais”, se dedica a analisar a aplicação da LGPD aos serviços notarias e registrais brasileiros, tendo como escopo a proteção dos valores e princípios constitucionais.

Outrossim, Lucas Santos de Almeida, Felipe Rotta Marquette e Ana Maria Viola de Sousa, apresentam o artigo “Direitos Fundamentais: desrespeito ao trabalho, desemprego e pobreza no Brasil pandêmico, no qual examinam a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, no contexto das repercussões socioeconômicas da pandemia da covid-19 no Brasil, bem como a flexibilização dos direitos trabalhistas, insuficiência do benefício do Auxílio Emergencial, desrespeito dos direitos fundamentais dos trabalhadores e aumento exponencial do desemprego e da pobreza, diante da inexistência de planejamento econômico e de políticas públicas eficazes por parte do Poder Público.

O décimo quinto artigo, “Aspectos éticos e legais da prática do infanticídio nas tribos indígenas”, de Debora Morgana Cassiano e Marcus Geandré Nakano Ramiro estuda a situação da prática de infanticídios nas tribos indígenas assim como seus motivos e os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, assim como as noções de relativização cultural e universalismo dos direitos de personalidade.

Depois, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Patricia Juliana Marchi Alves e Jackeliny Ferreira Rangel, no artigo “A não integração do período de licença-gestante concedido às servidoras públicas federais no cômputo do estágio probatório como medida de igualdade de gênero” examinam a igualdade de gênero a partir do advento da Constituição de 1988 e a decisão administrativa da AGU, que, interpretou a Lei n. 8.112, de 1990, entendendo a integração do período de licença-gestante, concedido às servidoras públicas federais, no cômputo do estágio probatório.

Logo na sequência, Guilherme Nunes de Paiva e André Studart Leitão, estudam o “Direito ao esquecimento: evolução, nuances e decisão do STF no RE nº 1.010.606-RJ, no qual debatem o direito ao esquecimento e o julgamento do RE nº 1.010.606/RJ diante da proteção dos direitos da personalidade.

Ato contínuo, Izabella Flávia Sousa Antunes Viana de Medeiros e Paulo Marcio Reis Santos, apresentaram o artigo a “Polarização de grupos e vulneração das minorias – os efeitos do racismo nos altos índices da violência contra negros no Brasil”, que trata de analisar a polarização de grupos no Brasil, com a aparente colisão entre grupos autodenominados conservadores ou de direita, em oposição a grupos de esquerda ou ditos progressistas, bem como essa polarização gera incremento da violência contra grupos minoritários, em especial os negros, promovendo o racismo e os altos índices de violência contra os negros no Brasil.

Depois, Sibila Stahlke Prado , Bruna Azevedo de Castro com o artigo “Apontamentos sobre a liberdade de manifestação de pensamento, esfera pública seletiva e subalterna no Brasil no contexto da sociedade da informação e do conhecimento” discutem a expansão da esfera pública por meio das novas tecnologias da informação, como forma de garantir o princípio da igualdade, a partir da concepção de esfera pública elaborada por Habermas para identificar esferas públicas seletivas e subalternas.

Por fim, em “A modificação da postura do Poder Judiciário a partir da ponderação e a Teoria de Luis Prieto Sanchís”, Marcelo Bezerra Ribeiro , Paulo Henrique Pinheiro dos Santos discutem a mudança paradigmática do Direito quanto a normatividade dos princípios, o procedimento de ponderação capaz de ampliar a atuação dos magistrados e o limite dessa intervenção, abordando o instrumento da ponderação na visão de Luís Prieto Sanchís, permitindo a análise dos pontos positivos e negativos desse novo agir por meio da jurisdição.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma boa e aprazível leitura.

José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho -UNINOVE

Riva Sobrado De Freitas - Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC

Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

A PROPORCIONALIDADE E O GARANTISMO PENAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.

PROPORTIONALITY AND CRIMINAL GUARANTEE IN BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM.

**Diones Cristian Melha
Guilherme Dill**

Resumo

O artigo objetiva analisar a aplicabilidade do garantismo penal e sua constitucionalidade no sistema penal brasileiro, as suas transformações jurídicas democráticas. Neste viés, especificou-se como desígnio analisar o garantismo penal e o princípio da proporcionalidade, o garantismo negativo e a vedação ao excesso e o garantismo positivo e a vedação à insuficiência. Para alcançar a finalidade, foi desenvolvido um estudo metodológico envolvendo a pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e julgados da Suprema Corte. O fundamento central da pesquisa será analisar o contexto da abrangência do garantismo penal, a sua aplicabilidade, será desenvolvida qualitativamente.

Palavras-chave: Garantismo penal, Princípio da proporcionalidade, Garantismo negativo, Garantismo positivo, Constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the applicability of penal guaranteeism and its constitutionality in the Brazilian penal system, its democratic legal transformations. In this bias, it was specified as purpose to analyze the penal guarantee and the principle of proportionality, the negative guarantee and the prohibition of excess and the positive guarantee and the prohibition of insufficiency. To achieve the purpose, a methodological study was developed involving bibliographic research, documentary research and Supreme Court judgments. The central foundation of the research will be to analyze the context of the scope of penal guarantee, its applicability, will be developed qualitatively.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal guarantee, Principle of proportionality, Negative guarantee, Positive guarantee, Constitutionality

1. INTRODUÇÃO

A proposta do artigo em questão é traçar um sucinto panorama acerca dos postulados jurídicos da proporcionalidade e do garantismo penal no Constitucionalismo Brasileiro, este abrangido pela Constituição Federal, ordem legal infraconstitucional, coletânea jurisprudencial e análise doutrinária.

A doutrina garantista é objeto de pesquisa nas eminentes academias mundiais, sobretudo em Estado-Nações que experimentaram regimes fascistas, autoritários ou totalitários, a exemplo da Itália. E não é diferente no Brasil.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988 (nomenclatura batizada pelo então presidente do Congresso Nacional, Ulysses Guimarães), a doutrina de garantias, cujo expoente é o magistrado italiano Luigi Ferrajoli, foi importada, estudada e expandida no plano acadêmico, inicialmente, ganhando força e ascensão na jurisprudência, a partir da obra *Direito e Razão*.

Em paralelo, buscar-se-á compreender a delimitação do garantismo penal em conluio com o princípio da proporcionalidade e como sua aplicação é tratada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Verificar-se-á se essa vertente principiológica possui contornos próximos à doutrina garantista quando prega obediência à ordem constitucional e a equidade nas práticas penais e processuais penais. Tanto como proteção de bens jurídicos, bem como quanto à proteção a direitos individuais e sociais, o garantismo e a proporcionalidade exigem que as normas respeitem o filtro constitucional, bem como não destapem bens jurídicos protegidos pela constituição com ausência de ferramentas para proteção processual penal.

Relembre-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade ganhou espaço e autoridade na ordem jurídica ao ser utilizado massivamente na jurisprudência nacional e sobretudo no Supremo Tribunal Federal, em que pese não haver referência expressa de sua existência na Carta Magna.

Como exemplo, em 1968, aplicou-se a base principiológica em controle de Constitucionalidade de normativa da Lei de Segurança Nacional (HC 45.232, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44, p. 322). Em decisões posteriores relacionadas a partidos políticos, a Suprema Corte analisou o princípio da proporcionalidade como consectário do devido processo legal, insculpido no rol de direitos fundamentais.

Nessa seara, o supranominado o Ministro conclui que se adota o princípio da proporcionalidade como um princípio geral de direito.

Sobre a existência e postulados do princípio da proporcionalidade, não raro se citam seus desdobramentos (razoabilidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, cada qual com nuances próprias) e aplicações teórico-práticas nas vedações de excesso e insuficiência.

Na continuidade, observar-se-á o garantismo negativo e a vedação ao excesso, enfatizando o contexto bipartido onde o garantismo se subdivide em positivo e negativo, e a proporcionalidade veda ao extremo, buscando frear os excessos, e à insuficiência, visando a aplicabilidade dos direitos sociais.

Ainda, elencaremos o garantismo positivo e a vedação à insuficiência que compõe a segunda linha, pois, em que pese o princípio da proporcionalidade possuir uma frequência maior na aplicação do garantismo negativo, já há diversas decisões da Suprema Corte brasileira que fazem menção e utilizem o garantismo positivo como forma de abordagem nas decisões.

Tem-se como exemplo o Recurso Extraordinário 418,376 de 2007 na qual rechaçou a extinção da punibilidade do crime de estupro nos casos do autor se casar com a vítima, afastando, para tanto, a aplicabilidade da união estável no Código Penal.

Por fim, verificar-se-á quais doutrinadores (e juristas de modo geral) e quais argumentos utilizam para aplicação, na prática penal e processual penal das vertentes do garantismo (negativo e positivo), bem como da proporcionalidade (vedação ao excesso e à insuficiência).

É nessa linha, portanto, que se pretende desenvolver o trabalho.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O GARANTISMO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A evolução da concepção de Constituição como mecanismo de limitação do poder estatal, teve, em paralelo, a progressiva construção de princípios e teorias (bem como expansão de já existentes), acompanhando direitos, garantias e deveres, na sua grande maioria elencados no texto constitucional. Parte dessa evolução e nascedouros jurídicos às vezes acompanha semelhantes já existentes no direito comparado¹.

Não no mesmo passo dessa transformação jurídica democrática, as legislações infraconstitucionais foram inseridas (o termo técnico-jurídico correto é *recepcionadas*) no

¹ Citam-se como exemplos as teorias do garantismo penal (italiana), das vertentes da proporcionalidade (alemã) e dos frutos da árvore envenenada (americana).

novo sistema constitucional, obedecendo ao que se denomina de fenômeno de “recepção”² pela doutrina e jurisprudência pátria.

Tal passagem (recepção) do texto legal elaborado sob a égide de sistemas constitucionais anteriores é de suma importância para que não haja lacunas legais e normativas sobrepostas à promulgação de novas Cartas Magnas. Então, a continuidade do ordenamento jurídico, ainda que outrora editado, é salutar e necessário à manutenção da segurança jurídica.

Naturalmente que, diante desse contexto, a legislação ordinária (complementada por atos normativos) não evolua no mesmo passo e velocidade. Em razão disso, a aplicabilidade dessas normas infraconstitucionais, deve ser analisada em cotejo com a ordem constitucional vigente.

Vencido esse aspecto intertemporal constitucional, a listagem constitucional de premissas, direitos, garantias e deveres dos cidadãos, como já dito, funciona como aspecto limitador do poder estatal, sobretudo nos aspectos punitivos criminais, mas também funciona como indicador de bens jurídicos a serem protegidos pela legislação ordinária.

A outrora excessiva utilização do poder penal como instrumento de intimidação seletiva popular (dentre outras serventias abusivas) demonstrou ser necessário (e imprescindível) o mecanismo de frenagem de poder estatal. Por outro lado, a ausência de normas e procedimentos hábeis a tutelar bens jurídicos individuais, coletivos e difusos, do mesmo modo trouxe à tona a necessidade dessas obrigações positivas estatais.

Utiliza-se como exemplo a proteção ao consumidor dentre a listagem de direitos fundamentais e uma eventual revogação da principal lei que projete essa classe social, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor. Cristalina insuficiência e omissão estatal injustificável.

Destarte, as garantias constitucionais, aliadas às teorias juspositivistas, tratando o cidadão como centro do ordenamento normativo, trouxeram campo fértil para o desenvolvimento e incorporação de teorias como o garantismo italiano e a aplicação jurisprudencial da proporcionalidade do direito alemão.

Contemplando-se as noções do garantismo penal na realidade jurídica brasileira, mostrar-se-ia infrutífera a abordagem da temática se faltasse a explanação dos dez axiomas do

²Marcelo Novelino, 2019, pág 157, diz que nos casos de incompatibilidade material superveniente entre norma legal e constitucional (originária ou derivada) ocorre a não recepção, citando o Recurso Especial julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2008, cujo número é 518.711 (AgR/SP), de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Na continuidade, o autor leciona que a incompatibilidade formal superveniente, em regra, não impede a recepção, mas confere nova roupagem ao ato infraconstitucional, citando outro julgado do Supremo Tribunal Federal, RE 272.872/RS, Red. p/ a o ac. Min. Nelson Jobim.

garantismo penal, proposto por Luigi Ferrajoli. O autor (2002, pág. 74), apregoa um *modelo-limite* adotando dez princípios axiológicos fundamentais e não deriváveis entre si:

1) princípio da *retributividade* ou da conseqüencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdiccionarietà*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade. Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão lingüística - o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal.(Ferrajoli.2002, pág. 74).

Numa delimitação mui simplória, mas para situar teoricamente o conceito ao tema proposto, garantismo, conforme Alexandre da Maia (2000, pág. 41) seria “*uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido.*” Seguindo na ausência de rigor técnico, entende-se como o apego ao procedimento constitucional para restringir o direito do indivíduo.

No que tange a intervenção mínima do Estado em aspectos criminais, leciona BARROS no sentido de que:

Em um Estado Democrático de Direito que tem como alicerce a Dignidade Humana e objetivo o bem de todos, não se podem permitir a criminalização de comportamentos arbitrariamente, ao livre talante de quem quer que seja, ainda que em nome de uma suposta maioria e de supostos interesses emergenciais. Ademais, por imperativo da proporcionalidade, a vida e a liberdade, direitos fundamentais expressamente garantidos pelo art. 5º, caput, da Constituição Federal, somente podem ser privados ou restritos se estritamente necessário para a tutela de direitos de fundamental importância. (BARROS, 2012, cap. 4.1, n.p).

Assim, importou-se a teoria do garantismo penal, utilizando-se como referência a obra *Direito e Razão* e, como alhures indicado, o expoente é Luigi Ferrajoli³. No entanto, os estudos nacionais, interpretações, análises e incorporações ao *jus brasiliensi* promovem debates e trabalhos científicos de naturezas diversificadas no que atine ao tema e ao autor.

Alguns conflitos de opiniões relacionados à aplicabilidade da teoria ferrajoliana e relacionados à real subsunção dos novos pensamentos à teoria do jurista italiano são atuais,

3 A expressão “garantismo”, em que pese sumariamente remeta ao jurista italiano, é de origem anterior, com raízes no iluminismo.

como se verifica nas nomenclaturas não raramente encontradas em obras jurídicas.⁴

Acompanhando o garantismo penal na senda de pêndulo entre proteção e punição, tem-se o princípio da proporcionalidade espraiando sua origem não literal do texto constitucional (tratado como princípio implícito – ou como cita Ingo Wolfgang Sarlet [2006, pág. 333] sendo um ponto de interrogação entre parênteses quanto à natureza jurídica⁵) para construções doutrinárias e decisões de cortes estaduais e nacionais.

Quanto à proporcionalidade, Streck, leciona que:

[...] o princípio da proporcionalidade tem sua principal área de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites – máximos e mínimos – de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito. Essa característica se mostra mais visível quando falamos no Direito Penal, uma vez que, responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, esse ramo do direito deverá zelar, ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades – estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais. (Streck. 2009, p. 65)

Quanto à natureza jurídica desse postulado, Gilmar Mendes leciona que:

O fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de forma diversa pela doutrina. Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo. Anota Schlink que tal definição não é neutra ou indiferente do ponto de vista dos resultados. Se se cuida de enfatizar o fundamento nos direitos fundamentais, terá esse princípio aplicação na relação entre cidadão e Estado, aqui contemplados os conflitos entre os entes privados que ao Estado incumbe solver. Se, ao revés, o princípio em apreço assenta-se na ideia do Estado de Direito, tem-se a sua projeção não só para a relação entre o cidadão e o Estado, mas também para as relações entre os poderes. (Mendes. 2012, pág. 65).

4 Pode-se citar como exemplo os termos “garantismo penal integral” ou “garantismo hiperbólico monocular” como expressões cunhadas pós incorporação das ideias de Ferrajoli ao sistema normativo e principiológico brasileiro.

5 O ponto de interrogação entre parênteses nos remete à discussão em torno da qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade, já que se discute a sua condição de princípio ou de regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por ROBERT ALEXY e seus seguidores), isto sem falar nas considerações mais recentes questionando a condição propriamente principiológica da proporcionalidade (especialmente em se partindo dos referências apresentados por Alexy) que, segundo esta doutrina, notadamente quando se cuidar do controle de constitucionalidade (proporcionalidade) de atos estatais, assume feições de postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz referência a um dever de proporcionalidade. Neste sentido, v. a contribuição crítica de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo: Malheiros, 2003, especialmente p. 104 e ss (no que diz com a proporcionalidade).

A proporcionalidade, como ferramenta de equilíbrio jurídico-judicial (sobretudo no controle de constitucionalidade), funciona como meio, por decorrência lógica, a impedir abusos (ou excessos), mas também evitar omissões (ou letargias jurídicas), impondo condutas. Também é abordado dentro da dosimetria da pena aplicada judicialmente em condenações penais.

Para Nucci (2013b, p. 249), “a proporcionalidade indica a harmonia e boa regulação de um sistema, abrangendo o Direito penal, particularmente, o campo das penas”.

No entendimento que a imposição penal deverá ter caráter individualizado, segue o autor “a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime” (NUCCI, 2013b, P. 249).

Nessa esteira, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, pág. 354) quando trata de deveres de proteção e proporcionalidade na esfera jurídico penal, traçando reflexões com base na análise de alguns casos concretos, aduz que:

Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido — para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais — na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático — e proporcional—de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância. (Sarlet. 2006, pág. 354)

No embalo da sintetização bem fundamentada proposta por Celina Macedo (2010, pág. 6), em seu artigo científico elaborado para a pós-graduação na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, os adeptos do garantismo negativo defendem o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso, enquanto os adeptos do garantismo positivo sustentam uma segunda vertente do referido princípio, o da proibição de proteção deficiente.

A autora segue referenciando que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, ao Estado não competem apenas prestações negativas, mas também prestações positivas, a fim de promover a efetivação dos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade, que originariamente servia de fundamento para a defesa de direitos individuais frente ao Estado, passa a embasar os deveres de proteção estatal.

Para Feldens:

[...] a dogmática constitucional, reconhecendo os direitos fundamentais como princípios objetivos da ordem jurídico-constitucional, agregou-lhes, à tradicional concepção de direitos de defesa, a função de imperativos de tutela. Essa característica manifesta-se na dedução de deveres de proteção, consistente na necessidade de intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais. Mirados sob essa perspectiva, os direitos fundamentais legitimam até mesmo restrições aos direitos individuais, limitando o conteúdo e o alcance desses direitos em favor da própria liberdade de ação dos indivíduos ou de outros bens constitucionalmente valiosos.(Feldens. 2012, p. 88)

Por fim, citando Alessandro Baratta, Luis Lenio Streck relembra que no atual estágio do ordenamento constitucional (Estado Democrático de Direito), está-se diante de uma política integral de proteção dos direitos. Desse modo, o dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado.

2.2 O GARANTISMO NEGATIVO E A VEDAÇÃO AO EXCESSO

A amplitude do tema abordado, para fins de didática e concretização, exige-se que sejam particionados em searas conceituais principais. Então, a bipartição do garantismo em polos (negativo e positivo), bem como da proporcionalidade vedando os extremos (ao excesso e à insuficiência) será dessa forma apresentada para fins esquemáticos e pedagógicos.

Na esteira de ideais liberais e com fulcro em direitos fundamentais de primeira geração (civis e políticos), na clássica separação dos direitos do homem em gerações, originalmente proposta por Karel Vasak (BONAVIDES, 2004, p. 563), a abstenção estatal em não se imiscuir na vida individual, liberdade e propriedade dos cidadãos também conferiu outras prerrogativas aos indivíduos quando acusados de crimes em investigações ou processos.

Desse modo, compactuando com as ideias de Celina Macedo (2010, pág. 12) na vertente da proibição de excesso, o princípio da proporcionalidade é um instrumento de suma importância para verificar se a lei penal não impõe um sacrifício excessivo aos direitos fundamentais. Nesse ponto, não há controvérsia acerca da possibilidade de uma lei penal que restringe excessivamente um direito fundamental ser objeto de controle de constitucionalidade. Tal função é corriqueira e atuante na Suprema Corte.

Na doutrina, as investidas entre as ideias garantistas e a aplicação do princípio da proporcionalidade são permeadas de explicações acerca de seu conteúdo, origem e pontos de interconexão. Na visão do autor Lenio Streck (p. 27) o princípio da proibição do excesso pode ser como: *“um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com*

cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão viola um direito fundamental de proteção.”

O expoente doutrinário da doutrina garantista expõe que o garantismo pode adotar dois significados, de modo que, no primeiro, trata-se de um modelo normativo de direito (estrita legalidade no que atine ao direito penal), com aplicações nos planos epistemológicos, políticos e jurídicos. No segundo significado, o autor aborda a dissonância entre normatividade e realidade.

Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia aos direitos dos cidadãos. É consequentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2014, p. 786)

(...)

Em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas também pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ do ‘dever ser’ no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2014, p. 786)

A faculdade (obrigação) judicial de não aplicação de legislação considerada inválida, em que pese cumprido o requisito de vigência legal, é o postulado que bem representa essa segunda definição. Douglas Fischer (2015, pág. 36) define: *“o juiz não tem obrigação jurídica de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes.”*

Em texto diverso abordando temática semelhante, o mesmo autor (FISCHER, 2009, pág. 2) explica o vínculo existente entre a proporcionalidade desenvolvida no germânico sistema jurídico, vinculando, ainda, outra teoria alienígena ao caso, em termos exemplificativos. Seguem as palavras do autor:

Não por outro motivo que pensamos que o Tribunal Constitucional Alemão também (embora não só por isso) desenvolveu (e muito bem) a necessidade de obediência (integral) à proporcionalidade na criação e aplicação das regras, evitando-se excessos (*übermaßverbot*) e também deficiências (*untermaßverbot*) do Estado na proteção dos interesses individuais e coletivos. Ainda em sede exemplificativa, entendemos que a teoria da Constituição Dirigente de Canotilho restou diretamente influenciada pela realidade imposta pelo regime totalitário em Portugal, reclamando-se a defesa irrestrita dos postulados fundamentais de uma Constituição Democrática. (FISCHER, 2009, p. 2).

O que se percebe das conceituações doutrinárias, é a intrínseca vinculação do garantismo negativo (tratamento do indivíduo como sujeito de direitos) com a aplicação das garantias constitucionais, bem como interpretação das normas processuais em cotejo com a realidade constitucional, ainda que essa análise ocasione a inaplicabilidade da lei ordinária. Remete-se, pela importância, aos alhures citados princípios penais do garantismo penal, como modelo-limite.

Ademais, quanto à proporcionalidade, o espectro é mais abrangente, visto que sua natureza jurídica de princípio geral de direito, permite que o postulado funcione como solução de conflitos principiológicos, como argumento em controle de constitucionalidade, como inaplicabilidade de lei considerada inconstitucional em controle difuso, entre outros.

A explicitar, as lições de Alessandro Barrata são citadas por Streck:

[...] a (ultra)passagem das fases anteriores do Estado implica um novo processo de proteção dos direitos, agora redimensionados a partir da complexidade social exsurgente dos sucessos históricos ocorridos no século XX. É por isto que não se pode falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas. (BARRATA, 1999, p. 10, apud STRECK, [S.l: s.n], [20--], p.13.).

Contudo, a essência da vedação ao excesso é reduzir a interferência estatal no âmbito individual, social e jurídico dos cidadãos, homenageando direitos de ordem libertária-individual (ex: proteção à propriedade privada; proteção ao domicílio; proteção à igualdade) e valorizando garantias processuais penais (ex: interceptação telefônica utilizável tão-somente em caso de investigação criminal; ingresso em domicílio com decisão judicial para tanto).

2.3 O GARANTISMO POSITIVO E A VEDAÇÃO À INSUFICIÊNCIA

Entre os diversos princípios invocados na doutrina brasileira, o princípio da proporcionalidade é visto com frequência no que tange as dimensões negativas, rotineiramente utilizadas para sanar medidas de excesso empregadas pelo Estado que afrontam os direitos fundamentais. Contudo, essa não é sua única aplicabilidade.

Na visão de Lênio Streck:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot). Este conceito, explica Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. [...] Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. [...] Esse duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição. (STRECK, ano XXXII, n. 97, p. 171-202).

Então, o Estado não possui exclusivamente o dever de não violar bens jurídicos constitucionalmente tutelados, e outrossim protegê-los e promovê-los no que atine aos direitos sociais individuais e coletivos.

Para a doutrina, existe a violação da proporcionalidade, não apenas frente ao excesso do Estado, mas também quando o Estado se mostra gravemente insuficiente (Cf. BOROWSKI, 2003, p. 162-166; SARLET, v. 47, 2004, p. 60-122; e STRECK. 2004, p. 303-345).

Quanto a aspectos práticos, cita-se julgado do Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, relacionado à atipicidade da conduta de portar ilegalmente arma de fogo, face ser tratado como crime de perigo abstrato, de relatoria do Ministro Celso de Mello, como segue resumo da ementa:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM

DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. Mandatos constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da

veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA.

Para o Professor Lênio Streck, acerca da proporcionalidade:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. (Streck. 2005. p.180)

Cunhada pelo Procurador Regional da República na 4ª Região, Douglas Fischer, a expressão “garantismo penal integral” é citada como abordagem integral da doutrina de garantias de Ferrajoli, bem como sutilmente servindo como crítica à abordagem unilateral (ou monocular, nas palavras do autor) e expansiva (nesta, citada como hiperbólica) do garantismo pela massiva doutrina pátria.

Nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

[...] se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que „a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (untermässig), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (unverhältnismässig im engeren Sinn). (MENDES; BRANCO, 2012. P. 260.)

A Suprema Corte brasileira já fez uso do garantismo positivo nas suas decisões, como

na acima citada. Outra delas foi no Recurso Extraordinário 418.376 de 2007 quando afastou a extinção da punibilidade do crime de estupro nos casos de o autor se casar com a vítima de apenas 9 anos, inviabilizando assim a aplicabilidade de união estável em dispositivo do Código Penal, sobretudo pela incapacidade de consentir.

De acordo com o voto do Ministro GILMAR MENDES, expõe-se a extrair:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação de direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção do direito fundamental. (STF. Plenário. Recurso extraordinário 418.376/MS. Redator para acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA. DJ, 23 mar. 2007.)

Na mesma seara, o Professor Ingo Sarlet leciona:

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo). (Sarlet. 2005 p. 132).

Como relembrou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está indiretamente vinculada com a proteção ao direito de propriedade (RE 18.331, da relatoria do Ministro Ozamirim Nonato, em 1953), como controle da atividade legislativa no poder de tributação.

Ainda que não seja o intuito principal, abordar-se-ão nomenclaturas criadas e, posteriormente, criticadas dentro da doutrina, nas quais há supervalorização de vertentes dentro do garantismo e da proporcionalidade, descurando-se do equilíbrio necessário e orientado por esses ensinamentos.

Neste sentido há de concluir que no Brasil os direitos e garantias do sistema constitucional não são absolutos ou completos, para que haja uma maior abrangência se busca complementação nas demais leis, nos demais textos constitucionais, e que o garantismo positivo tende a ajustar quanto a tutela dos bens meta-individuais enquanto que o garantismo negativo das liberdades individuais, ambos na consecução de um bem da coletividade,

abrangendo todas as dimensões dos direitos humanos que constituem formas da dignidade da pessoa humana.

3. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou desenvolver um panorama sucinto da Proporcionalidade e do Garantismo Penal no Constitucionalismo Brasileiro, buscando evidenciar princípios paralelos e ancorados no ordenamento jurídico e social, assim como analisar as doutrinas de onde os demais renomados autores importaram, estudaram e expandiram nos planos acadêmicos e ramificando nas ascensões jurisprudenciais.

No Garantismo penal e no Princípio da há apregoa similaridade à doutrina garantista no que tange a equidade e equilíbrio para as práticas penais e processuais penais, trazendo uma categórica proteção de bens jurídicos e direitos individuais e sociais, tanto o garantismo quanto a proporcionalidade exigem respeito aos filtros constitucionais, neste viés, há notoriedade que o princípio da proporcionalidade teve sua ambientação e autoridade taxativa quando a Suprema Corte brasileira passou a utilizá-la na jurisprudência nacional, em que pese não haver menção na Constituição Cidadã.

No que tange ao Garantismo Negativo e a Vedação ao Excesso, o estudo buscou analisar os seus contextos, tendo em vista que a proporcionalidade busca vedar o extremo e frear os excessos buscando uma melhor aplicabilidade aos direitos fundamentais de primeira geração. Neste entendimento, vislumbrou-se que nos conceitos doutrinários existe uma vinculação intrínseca do garantismo negativo, o qual trata o indivíduo como sujeito de direitos, aplicando para tanto as garantias constitucionais ou, fazendo uma interpretação das normais processuais visando o cotejo constitucional, nem que para isto haja uma inaplicabilidade da lei ordinária.

Na segunda linha do composto bipartido - o Garantismo Positivo e a Vedação à Insuficiência -, buscou-se analisar a aplicabilidade taxativa no caso concreto do contexto da Suprema Corte brasileira, a qual faz uso em suas decisões, citando para tal parte do voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 418,376 de 2007, relator o Ministro Joaquim Barbosa, o qual rechaçou a extinção da punibilidade do crime de estupro nos casos do autor se casar com a vítima.

À guisa de conclusão, buscou-se fundamentar que no Brasil os direitos e garantias constitucionais são complementares para que haja uma aplicabilidade equânime. O garantismo negativo abarca as percepções das liberdades individuais enquanto que o garantismo positivo busca ajustar-se à tutela de bens jurídicos e dos bens meta-individuais.

Nessas linhas de entendimentos, concluímos o desenvolvimento do presente artigo.

REFERÊNCIAS

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HABEAS CORPUS 104.410 RIO GRANDE DO SUL**. RELATOR : MIN. GILMAR MENDES. Brasília, DF, Data do julgamento, 06 de mar. De 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf>. Acesso em 24 de setembro de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso extraordinário 418.376/MS**. Redator para acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Brasília, DF, Data do Julgamento, 23 mar. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761971/recurso-extraordinario-re-418376-ms>. Acesso em 16 de setembro de 2021.

BARRATA, 1999, p. 10, apud STRECK, Lênio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal- individualista-clássico*. [S.l: s.n], [20--].

BARROS, Alberto Jorge de Correia. **Direito penal constitucional**. São Paulo: Edição eletrônica. Saraiva, 2012. cap. 4.1. Não paginado.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Método, 2004.

Cf. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162-166; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: **O Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e deficiência**. In: Revista brasileira de Ciências Criminais, v. 47, 2004, p. 60- 122; e STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermass verbot)”. In: Boletim da Faculdade de Direito, v. 80, 2004.

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

FISCHER, Douglas: **O que é garantismo (penal) integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradutores do livro *Diritto e ragione: teoria dei garantismo penale*, de Luigi Ferrajoli, 6.ed. Roma: Laterza, 2000: ANA PAULA ZOMER, JUAREZ TAVARES, FAUZI HASSAN CHOUKR, LUIZ FLÁVIO GOMES.

GRIMM, D. (2016). **Proporcionalidade na jurisprudência constitucional canadense e germânica**. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 10(34), 69-84.

<https://doi.org/10.30899/dfj.v10i34.78>

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)**. 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Direito constitucional - Brasil I. Título. 11-06869 CDU-342(81)

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

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

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal**. In: Revista da Ajuris, ano XXXV, n 109, Porto Alegre, mai. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übertmassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em 25 junho 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übertmassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005.

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?**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em: 12 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal –individualista clássico**. Disponível em: <http://www.mundojuridicoadv.com.br>. Acesso em 11 de agosto de 2021.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção**

dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.