

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS E GARANTISMO PENAL<sup>1</sup>

André Pedrolli Serretti<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. O Garantismo Penal – Uma introdução. 2. Bases teóricas do Garantismo Penal. 3. Bem jurídico-penal. 4. Direitos Fundamentais. 5. A Constituição como fundamentadora do *jus puniendi*. 6. Princípios Penais Constitucionais. 7. Conclusão.

### RESUMO

O paradigma do Estado Constitucional de Direito, produto mais avançado das experiências históricas da relação entre o Estado e a sociedade, está calcado na noção de ser humano, transportada ao Direito através do princípio da dignidade humana. A busca de meios, através de valores constitucionais, que assegurem condição digna ao indivíduo perante a sociedade e o Estado, deve ser o maior desafio de qualquer jurista interessado na efetividade do essencial objetivo visado pelo próprio direito – a pacificação social. Se o direito não for utilizado como mecanismo ativo de transformação social para a garantia de direitos fundamentais, individuais e coletivos, de nada valerá a sua existência como pilar de sustentação do aparato estatal. O presente artigo disserta sobre o Garantismo Penal, teoria que visa à tutela de direitos fundamentais, através do direito penal.

### PALAVRAS CHAVE

Teoria do Garantismo Penal; Valores Constitucionais; Tutela de Direitos Fundamentais; Princípios Penais Constitucionais.

### ABSTRACT

The model of Constitutional State of Law, product of the historical experiences between society and State, is based on the concept of human being, transported to the law by the Principle of Human Dignity. The search for resources, through constitutional values, able to promote reasonable conditions to the person when related to both society and State, must be the biggest challenge of any lawyer interested to materialize the main

<sup>1</sup> Artigo inédito produzido como relatório final da pesquisa vinculada ao projeto: **Direito Penal e Constituição: a vinculação da tutela punitiva aos direitos fundamentais**, da linha de pesquisa institucional: **A efetividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**, da Faculdade de Direito Milton Campos, realizada no período de setembro de 2007 a dezembro de 2008.

<sup>2</sup> Acadêmico da Faculdade de Direito Milton Campos. Pesquisador-bolsista pela FAPEMIG. Contato: andrepdrolli@yahoo.com.

law's objective – the social peace. If the law is not used to make social changes, aimed to protect constitutional collective and individual rights, it is useless as the main base of State's activity. This article analyzes the Criminal Garantism, a theory that aims to protect constitutional rights through the criminal law.

### KEYWORDS

Criminal Garantism Theory; Constitutional Values; Constitutional Rights' Protection; Constitutional Criminal Law's Principles.

## 1 O GARANTISMO PENAL – UMA INTRODUÇÃO

O garantismo penal, conforme preleciona seu próprio idealizador, o professor italiano Luigi Ferrajoli, pode possuir vários significados<sup>3</sup>. Em síntese, pode-se defini-lo como o movimento jurídico-penal que busca a legitimação da intervenção punitiva do Estado, pela garantia da observância por este a direitos e garantias individuais e coletivos. Ou seja, tanto o direito material penal quanto o processual penal e a execução penal devem seguir certos preceitos para que não se desvirtuem dos objetivos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, qual seja, proteger direitos fundamentais. Conforme se verá, a intervenção estatal só poderá validamente acontecer se estiver de acordo com os ditames estabelecidos na Constituição, esta, verdadeiro limite formal e material à atuação estatal na seara penal. Ainda, para Ferrajoli:

*Garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao Direito penal, o modelo da estrita legalidade, 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 maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos<sup>4</sup>.*

Como podemos constatar, um sistema normativo que se pautar por tais pressupostos atende ao modelo de garantia à tutela de direitos fundamentais.

Pode-se entender garantismo, ainda, como instrumento de aferição da validade da intervenção estatal, em casos concretos. Em outras palavras, depois de estabelecidos os parâmetros (princípios constitucionais), a serem observados pelo Estado, ao fazer suas normas infraconstitucionais e julgar, o garantismo pode ser visto como um instrumento para observar se tais preceitos estão sendo de fato cumpridos. É a observação das práticas forense e legislativa, para verificar se estão sendo os princípios constitucionais observados, ou seja, se o *ser* está em consonância com o *dever-ser*. Assim se pode estabelecer graus de garantismo a serem perseguidos pelos agentes do direito. Para

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, cap. XII.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 786.

Ferrajoli, “o garantismo jurídico opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, (...)”<sup>5</sup>.

Ainda, de acordo com um terceiro significado de garantismo, pode-se dizer que este designa um objetivo a ser alcançado, não mais interno, mas externo ao direito penal, qual seja a proteção de bens jurídicos, sendo este o critério para se verificar a legitimação ou não dos objetivos do sistema penal. Pode-se dizer que “o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, (...)”<sup>6</sup>.

## 2 BASES TEÓRICAS DO GARANTISMO PENAL

Com fundamentos claramente iluministas, o pensamento garantista surge como tentativa de resgatar valores de proteção do indivíduo frente ao sistema penal, através da releitura da legitimação do Estado pela proteção de garantias individuais. Partindo-se da premissa epistemológica que o direito penal não é capaz de ser legitimado por si mesmo, ou seja, não pode ser tido como seu próprio legitimador, pois careceria ele de objetivo inerente, em si, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, nasce a necessidade de se estabelecer um objetivo a ser alcançado, externo ao direito penal. Consoante tal modelo estatal, que legitima a sua intervenção, em qualquer campo, com o objetivo da promoção do bem comum e dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, faz-se necessário que este, além de prever como direitos individuais tais valores, também efetivamente os garanta. Isso posto, em um modelo de Estado Democrático de Direito, todos os ramos do direito devem, por sua vez, se adequar a tais núcleos mandamentais normativos, quais sejam, os princípios e valores constitucionais, e em especial, a dignidade da pessoa humana.

E no que toca ao direito penal, deve este também buscar a garantia da efetivação de princípios e direitos inerentes aos sistemas constitucionais democráticos contemporâneos. Deve este ramo do direito tutelar tais valores constitucionalmente garantidos a todos, a fim de que se coadune com a ordem constitucional e assim possa intervir na sociedade, validamente. Portanto, conclui-se que deve o direito penal tutelar bens jurídicos, não só os bens jurídicos expressamente previstos no texto constitucional, mas também, os compatíveis com sua ordem de princípios, conforme indica o art. 5º, § 2º, da Constituição da República<sup>7</sup>. O objeto de tutela de um direito penal

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 786-787.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 787.

<sup>7</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

constitucionalmente orientado sempre será, imediatamente, bens jurídicos constitucionalmente garantidos, em consonância com os direitos fundamentais.

Retomando tópico anterior, um terceiro significado de garantismo penal pode ser relacionado à tutela de algo naturalmente externo à ordem jurídica, ou seja, à tutela de bens jurídico-penais.

### 3 BEM JURÍDICO-PENAL

Bem jurídico, para a quase totalidade dos cientistas do direito penal, é o objeto de proteção desse ramo do ordenamento jurídico. Aqui adotaremos tal proposição como premissa, a despeito de minoritárias, porém honrosas, opiniões em contrário<sup>8</sup>, conforme se verá à frente. A norma penal tutela o bem jurídico ao vedar a atuação concreta de alguém que tende a lesá-lo ou que efetivamente o lesa. Contemporaneamente, pode-se entender por bem jurídico-penal um juízo positivo de valor a cerca de algo, ou seja, algo ao qual a ordem jurídica atribui a característica de ser de preferível preservação. Tal juízo, para que seja materialmente válido, deve estar ancorado nas necessidades humanas individuais e sociais merecedoras de proteção, conforme os valores culturais vigentes no seio da sociedade. Conforme ensina Luiz Regis Prado:

*Assim, originariamente, com base na mais pura tradição neokanista, de matiz espiritualista, procura-se conceber o bem jurídico-penal como valor cultural – entendida a cultura no sentido mais amplo, como um sistema normativo. Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam como em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica<sup>9</sup>.*

Em artigo publicado no ano de 1834, o jurista alemão Johann Michael Franz Birnbaum<sup>10</sup>, pioneiro no tema, escreveu que bem jurídico-penal seria tudo aquilo que a lei penal tutelava. De acordo com tal conceito, breve e desprovido de valoração ética, e partindo-se do pressuposto que o bem jurídico é o legitimador do direito penal, pode-se concluir que podemos utilizar tal construção doutrinária positivista para chegar a qualquer conclusão, inclusive para legitimar um direito penal que negue direitos e garantias fundamentais. Assim se observa que tal conceito, por conceber o bem-jurídico como algo interno à ordem jurídica, desvencilha-se da função crítica que este pode exercer<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal e funcionalismo**, p. 31 e ss.

<sup>9</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 44.

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1, p. 411.

<sup>11</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**, p. 109.

Muito já se debateu sobre o tema, algo que, até mesmo nos dias atuais é objeto de tormentas e dissensos no meio acadêmico. Em fases mais remotas, em que o direito penal era caracterizado como *privatista*, era corrente o entendimento de que tal ramo do ordenamento jurídico servia à proteção de direitos subjetivos<sup>12</sup>. Tal concepção já não pode ser mais sustentada visto que hoje há em nosso ordenamento jurídico a previsão da tutela penal de bens supraindividuais, tais como o meio ambiente e o patrimônio artístico e cultural.

Nas últimas décadas, surgiram pelo mundo juristas de escol, tais como Günther Jakobs, que negam a pertinência de tal instituto, em virtude de seu conceito ser inadequado e até mesmo inaplicável à totalidade das relações jurídico-penais.

O posicionamento a seguir se encontra mais coerente com os atuais conhecimentos da sociologia, sobretudo com os frutos da pesquisa de Niklas Luhmann<sup>13</sup>, relativos ao funcionalismo sistêmico, que vê a sociedade como um sistema, e o direito como um subsistema desta que visa regular as relações sociais através da institucionalização e estabilização, por um processo racional, de expectativas de conduta presentes na sociedade.

No âmbito do sistema social vislumbramos dois tipos de expectativas apontadas por Luhmann<sup>14</sup>, expectativas cognitivas, que representam expectativas comuns à maioria dos membros da sociedade, mas que se inobservadas não geram sanção formal pelo Direito, e expectativas normativas, que se inobservadas geram para quem as violou a sanção correspondente do sistema do Direito.

É o subsistema do Direito quem tem a função de estabelecer as expectativas normativas gerais a serem observadas por todos os indivíduos, de todos os sistemas a fim de que o sistema social funcione.

Para visualizar a importância de tal estrutura baseada em expectativas, podemos observar que nós somente saímos de casa porque acreditamos que não seremos mortos, e que nossa liberdade sexual será respeitada se não quisermos nos relacionar com alguém. Sem a confiança em tais expectativas, sequer levantamos pela manhã<sup>15</sup>.

Estas e outras se constituem em expectativas normativas que viabilizam o funcionamento do sistema social, e conseqüentemente, a vida em sociedade, de cuja observância todos os indivíduos estão obrigados e se beneficiam.

Fundado nos lineamentos anteriores, brevemente expostos, Jakobs aduz que a função precípua do Direito Penal é garantir a configuração normativa da sociedade através do respeito pelos indivíduos às expectativas normativas. Sua função é manter a

<sup>12</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 29.

<sup>13</sup> Ver: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito (Vols. I e II)**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; ALCOVER, Pilar Giménez. **El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1993; e JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**, p. 53.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**, p. 5.

vigência da norma como modelo de contato social, através da cominação de pena para quem viole tais expectativas, para que seja viável o funcionamento do sistema social.

A pena que tem por fim estabilizar as expectativas normativas ao demonstrar à sociedade que, apesar de ter sido violada certa expectativa, em certo lugar, em dado momento, por determinado indivíduo, a sociedade pode seguir confiando nesta expectativa e nela continuar pautando sua conduta.

“A sanção serve então para a estabilização das expectativas sociais.”<sup>16</sup>. A pena se presta à proteção da confiança nas relações sociais. Segundo Jakobs: “A violação da norma se encontra num mundo equivocado porque nega as condições do comum. Seu significado é: não a esta sociedade.”<sup>17</sup>. Ao agente dessa violação deve incidir a pena, expressão do Direito Penal, como instrumento utilizado pelo Estado para restabelecer e reafirmar a vigência de determinada expectativa normativa, selecionada do meio social, assim possibilitando o convívio em sociedade.

A função do Direito Penal, para Jakobs, é declarar vigente a norma e preservar a expectativa objeto desta, assim garantindo a continuação do funcionamento do sistema social, através da proteção da confiança nas expectativas normativas racionalmente selecionadas e institucionalizadas. Assim, pode-se concluir que, para o referido autor, função do Direito Penal é a proteção da vigência da norma estatal.

Quanto ao conceito de bem jurídico, Günther Jakobs ensina que por mais que o direito penal tente proteger diversos bens, tais como a vida, a liberdade e o patrimônio, ele nunca o conseguirá integralmente, pois em diversas situações da vida tais bens perecerão de forma natural, sem intervenção do homem, e nesse caso, não cabe a tal ramo do ordenamento jurídico intervir, como, v.g., nos casos de morte natural. Dessa forma, conclui o renomado autor que o Direito Penal não serve para a proteção de bens jurídicos, mas sim, para a proteção de bens contra certos ataques humanos, o que faz com que o Direito Penal se constitua, na verdade, como instrumento de regulação de relações sociais entre pessoas, e mais precisamente, de proteção da confiança nas expectativas normativas institucionalizadas, e não em genérica e abstrata proteção a bens jurídicos. Tal se depreende da seguinte passagem, na qual o referido jurista comenta a doutrina do bem jurídico:

*É evidente que tal discurso não é adequado à matéria, e por isso se objetará que o caráter perecível de todos os bens só tem algo a ver com o direito, na medida em que as pessoas os respeitem. Diz-se, então, que a relevância jurídica dos bens é relativa, referente apenas a uma situação de ameaçada. Visto desse modo, o direito penal já não garante a existência dos bens jurídicos, mas sim, que as pessoas não ataquem esses bens e, de maneira correspondente, unicamente desta forma, tratar-se-á de bens jurídicos como meros bens que poderão perecer. Isso nos leva a uma concepção mais coerente: a morte por senilidade é a perda de um bem, mas a punhalada de um assassino é uma lesão de um bem; o automóvel corroído pela ferrugem é um bem que desaparece; sua destruição intencionada é uma lesão de um bem jurídico. Portanto, o direito penal não*

<sup>16</sup> ALCOVER, Pilar Giménez. **El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**, p.189.

<sup>17</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**, p. 14.

*serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito, e, portanto, serão considerados bens-jurídicos.*

*Partindo dessa perspectiva, chega-se a uma concepção coerente do ordenamento jurídico: o direito não é um muro construído para proteger bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre pessoas<sup>18</sup>.*

De certa forma pode-se dizer que tal posicionamento se encontra mais atualizado e coerente que o centenário conceito de bem jurídico de Birnbaum, mesmo com a tentativa, por diversos autores, de modernizá-lo, por realçar mais o sentido e a função sociológicos do direito. O que não se pode perder de vista é o objetivo de proteção imediato da pessoa humana, pelo sistema social, algo que é possível, e até bem natural, se se visa proteger as expectativas existentes na sociedade, oriundas dos indivíduos, de respeito à vida e dignidade humanas. Porém, não é proposta do presente trabalho aprofundar em tão intrigante tema.

Em situação diametralmente oposta, é quase uniformemente aceita entre os pesquisadores contemporâneos do direito penal a doutrina do bem jurídico, e que tais bens preexistem ao direito, são bens da vida, e o que o direito faz é reconhecer determinado bem da vida como essencial ao convívio em sociedade e selecioná-lo para que fique sobre sua proteção, através da observação das relações sociais. Não é outro o magistério de Arturo Rocco:

*(...) como o bem, antes de ser jurídico, é um bem da vida humana individual e social, e o interesse, antes de ser jurídico, é um interesse humano, assim, o conceito de bem, antes de ser jurídico, é um conceito sociológico ou psico-sociológico (...)<sup>19</sup>.*

Para que se possa construir um conteúdo racional de bem jurídico-penal, e assim materializar sua função crítica, devemos buscar a legitimação do juízo de valor que este representa além das margens do ordenamento jurídico infraconstitucional. Ao procurar um significado racional ao objeto de tutela do Direito Penal, devemos atentar para a pessoa humana, pressuposto básico de qualquer organização social, captada pelo sistema jurídico como valor, materializado no princípio da dignidade da pessoa humana, de origem constitucional. Dessa forma, evita-se que o direito tutele valores discrepantes dos objetivos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, tais como a moral, uma ideologia ou simples deveres de obediência e subordinação em relação ao Estado<sup>20</sup>. A busca pela preservação imediata da dignidade humana deve orientar a definição do conteúdo racional de bem jurídico-penal.

<sup>18</sup> JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma?. In: CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal e funcionalismo**, p. 33.

<sup>19</sup> ROCCO, Arturo. L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, p. 244, *apud* GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**, p. 115.

<sup>20</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**, p. 111.

Através da proteção do valor da dignidade da pessoa humana, conclui-se que devem ser tuteladas pelo direito penal apenas necessidades humanas. Assim ensina Terradillos Basoco:

*Nem os direitos subjetivos, nem os interesses, nem os valores, nem a funcionalidade em relação ao sistema podem ser um referente material válido. Só a satisfação das necessidades pode fazê-lo. O Direito penal deve assumir a tarefa de tutelar a satisfação das necessidades humanas, (...) <sup>21</sup>.*

Certo é que o conteúdo dos bens jurídicos não é oriundo do direito, mas sim, das necessidades humanas. O direito apenas o seleciona e o protege, como já dito. O que se pode discordar do referido autor é que a funcionalidade em relação ao sistema não seja uma necessidade humana. Nesse sentido são as lições de Günther Jakobs:

*Não se trata de que a sociedade, entendida como algo feito e determinado, anteponha-se ao sujeito, mas também fica excluído o contrário. Dizendo de outro modo, a subjetividade não só é um pressuposto, mas também uma consequência. Sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa <sup>22</sup>.*

Como abordado anteriormente, a fundamentação do conteúdo racional de bem jurídico penal deve também achar seu referencial em valores extra-jurídicos que, no ordenamento jurídico nacional também se encontram presentes no texto constitucional. Tal referencia merece destaque porque existem valores essenciais à organização social – tais como a dignidade do ser humano – que se proscritos do texto constitucional, ainda assim deverão ser o centro de tutela do direito e conseqüentemente, do direito penal, por serem substancialmente tacitamente constitucionais. Como observa o Luiz Flávio Gomes: “*É a relação social (de disponibilidade, diz Zaffaroni) em conexão com um bem existencial que é valorada positivamente.*”<sup>23</sup>.

Assim, para algo ser validamente caracterizado como bem jurídico penal, não basta tal classificação estar de acordo com os valores socioculturais correntes quando de sua criação ou de sua tutela, mas sim, deve também estar de acordo com os ditames materializados na constituição como necessidades humanas e sociais, expressa ou tacitamente. Por tal afirmativa deduzimos que somente será válida a intervenção penal que vise à proteção de bens jurídicos constitucionalmente estabelecidos, além de obedecer ao princípio da adequação social, ou adequação às necessidades humanas. De acordo com Luiz Flávio Gomes: “*Não é reduzido o grupo de doutrinadores que afirmam que a constituição é o referencial mais idôneo para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do jus puniendi.*”<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In: **Pena y Estado**, p. 129, *apud* GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**, p. 113.

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional**, p. 18.

<sup>23</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**, p. 112.

<sup>24</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**, p. 86.

Por fim, podemos concluir que a função precípua do conceito de bem jurídico-penal, atendendo ao valor da dignidade da pessoa humana, é tutelar as necessidades humanas, geralmente expressas na constituição, protegendo-as de turbacões. Um conceito de bem jurídico criticamente estabelecido deve estar apto a promover tal tutela.

Sem aprofundar mais em tais discussões e munido de um conceito garantista de bem jurídico-penal, facilmente se pode concluir que o que realmente importa são as funções por este exercidas, com premissas formuladas a partir de pressupostos que visam a sua garantia. Desde que o pensamento jurídico ocidental aderiu à teoria constitucionalista de Hans Kelsen, que coloca a constituição como o topo da pirâmide normativa, de observância obrigatória pelos demais ramos do ordenamento jurídico e pelo Estado, tutelar valores constitucionais se faz algo de extrema necessidade se se quer ter como válido qualquer ato jurídico. Ensina Salo de Carvalho que:

*A estrutura arquitetônica piramidal elaborada por Kelsen, cuja concepção é cerrada sob a visualização da constituição lógico-formal e direcionada ao interior do sistema jurídico estatal, inverte-se e amplia-se, voltando seu olhar tanto para o interno quanto para os novos valores e princípios abstratos advindos do exterior. Trata-se de legitimidade que provem de fora ou, nas palavras de Ferrajoli, de um modelo heteropoiético de legitimação do direito – **legitimità dal basso**. O interessante é notar que esta legitimidade externa conforma sua nova estrutura escalonada dos ordenamentos jurídicos, não mais referendados por princípios e valores jusnaturalistas (metajurídicos), mas por instrumentos legais positivados pelos Estados signatários das declarações de direitos<sup>25</sup>.*

Nossa ordem constitucional adotou o pensamento de tal jurista, ao estabelecer mecanismos difusos e concentrados de controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O pensamento de Kelsen, aduzindo à supremacia da constituição, prevê tal supremacia apenas formalmente em relação aos demais estatutos do ordenamento jurídico. A supremacia material da carta magna se constitui em proporcionar a maior eficácia possível às suas disposições, e não apenas contrastar as normas infraconstitucionais aos dispositivos da Constituição (supremacia formal). Buscando dar a maior eficácia possível às normas constitucionais em todas as relações jurídicas materializa-se a “vontade da constituição”, assim realizando sua supremacia material. Podemos observar tal modalidade de supremacia na seguinte passagem, da obra de Konrad Hesse, *verbis*:

*Em outros tempos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (**Wille zur Verfassung**), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força*

<sup>25</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil, p. 90.

*normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida e para o Estado* <sup>26</sup>.

Para o garantismo penal, um juízo positivo de valor (bem jurídico), válido, não só deve estar imbuído de índole constitucional ou ser uma necessidade humana e social, mas deve de alguma forma também caracterizar-se como direito fundamental.

#### 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles inerentes ao ser humano, porque dotado do caráter de pessoa, necessários ao livre desenvolvimento de sua personalidade e à garantia de sua dignidade. Em nossa concepção, devem estar presentes expressa ou implicitamente no texto constitucional, conforme norma de extensão constante de seu art. 5º, § 2º<sup>27</sup>.

Tais direitos são imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis e universais, e tradicionalmente divididos em três gerações. Os direitos de primeira geração são os primeiros que apareceram nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais e são fruto da ascensão da burguesia na França e no mundo do século XVIII, que culminou na Revolução Francesa e na Revolução Estadunidense. Tais direitos buscam valorizar o homem individualmente considerado e realçar a sua liberdade na vida civil e política do Estado<sup>28</sup>. Voltam-se contra o Poder Público, que antes da revolução, era concentrado no monarca absolutista. Nisso percebemos o viés burguês, e não popular, de tais revoluções, que objetivavam a busca da igualdade meramente formal não existente entre a nobreza e a burguesia, a participação nas decisões políticas deste extrato social e o exercício quase absoluto dos direitos patrimoniais, da autonomia da vontade e da liberdade negocial.

Já os direitos de segunda geração, que vieram a lume no início do século XX, com as constituições do México em 1917, e de Weimar em 1919, visam assegurar igualdade não apenas formal, mas também material entre os indivíduos, exigindo-se dos estados que respeitem e concretizem direitos sociais, econômicos e culturais. Tais direitos são fruto das amargas experiências humanas relativas ao abuso das relações privadas e do poder econômico simbolizadas pela Revolução Industrial, época em que vidas eram perdidas na destruição do ser humano oriunda dos abusos das relações de trabalho, da falta de condições laborais adequadas e da escassez de recursos básicos nos países europeus, no século XIX. Os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao

<sup>26</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, p. 27

<sup>27</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>28</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos fundamentais**, p.11.

lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância se originam de tal movimento<sup>29</sup>.

Os direitos de terceira geração começaram a ser positivados pelos países ocidentais na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, onde coletividades inteiras foram dizimadas em nome da eugenia e da dominação política. Tais direitos visam proteger a coletividade ou um grupo determinável de indivíduos que se encontra em situação de vulnerabilidade, e se voltam a um conceito de povo que, além de visar à proteção da memória de todos aqueles que já fizeram parte de determinado gênero cultural, objetivam criar condições para que as gerações vindouras também possam se desenvolver com o equilíbrio e a harmonia necessários. Como produto desta geração temos a tutela de direitos difusos e coletivos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural<sup>30</sup>.

Para os que visualizam uma quarta geração de direitos fundamentais, estes são produtos dos movimentos políticos sociais da segunda metade do século XX, e se constituem em direitos que visam à materialização de uma globalização política<sup>31</sup>, tais como direito à democracia efetiva, à informação e ao pluralismo político.

Ferrajoli, sintetizando uma definição básica de direitos fundamentais, aduz que:

*Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos encuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adstrita a un sujeto por una norma jurídica; y por su “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas<sup>32</sup>.*

Conforme se pode observar, o conceito de Ferrajoli de direitos fundamentais abarca também direitos previstos fora do texto constitucional<sup>33</sup>.

É necessário ressaltar que o garantismo penal, concebido como pensamento jurídico-penal que visa à tutela de direitos fundamentais possui um conceito bem formulado de tais direitos. Caso não o possuísse, poderia essa teoria ser utilizada para a tutela de quaisquer outros interesses, inclusive escusos, como observa Alexandre da Maia:

<sup>29</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos fundamentais**, p.12.

<sup>30</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos fundamentais**, p.13.

<sup>31</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos fundamentais**, p.13.

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 19.

<sup>33</sup> Por exemplo, ver: BRASIL. **Decreto 678, de 6 novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

*Logo, cada um a seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimados pela teoria de Ferrajoli<sup>34</sup>.*

Linhas antes, a nosso ver, andou mal Maia ao aduzir que o descrito acima efetivamente ocorre com o garantismo penal, dizendo: “A tentativa do Professor Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracteriza efetivamente os direitos fundamentais”<sup>35</sup>.

Ora, qualificar os direitos fundamentais como os inerentes a pessoas humanas, enquanto dotadas deste estado, a prestações negativas ou positivas do estado já diz muito. Como exemplo, podemos em tal conceito subsumir o direito à vida ou direito a garantias processuais, e por outro lado, excluir de sua abrangência o direito concedido ao Estado de recolher tributos, direitos estes de sede constitucional. Dessa forma, não há puro vazio ontológico como aduz o citado autor.

Para arrematar, a seguir está exposto, como exemplo, o conjunto de direitos reconhecidos como fundamentais, pelas constituições contemporâneas, na visão de Luigi Ferrajoli:

*Las expectativas sociales correspondientes a las nuevas funciones – la subsistencia, el empleo, la vivienda, la instrucción, la asistencia sanitaria – son así introducidos y reconocidos por las Constituciones de este siglo como “derechos fundamentales”: los así llamados derechos sociales a prestaciones positivas (el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la instrucción, el derecho a la salud, el derecho a la información, y similares) que se colocan junto a los antiguos derechos individuales de libertad, concebidos, en cambio, como derechos de prestaciones negativas<sup>36</sup>.*

Os direitos fundamentais e sua tutela, na ordem jurídica, funcionam, primeiramente, como dados axiológicos<sup>37</sup> (valorativos, que estabelecem, v.g., o que é bom e belo), e não meramente deontológicos (relativos ao dever-ser, princípios lógicos, que admitem ponderação em relação a outros princípios), tampouco ontológicos (morais, relativo ao ser, constituídos de normas de ação), para se aferir existência ou inexistência de *jus puniendi* legítimo, ou seja, para se aferir a validade constitucional de determinada norma penal incriminadora. Pode-se denominar a busca pela tutela de tais direitos de racionalidade material. Assim preleciona Robert Alexy, vejamos:

*Em cambio, los conceptos axiológicos se caracterizan porque su concepto fundamental no es el mandato o deber ser, sino el de lo bueno. La variedad de los conceptos axiológicos surge a partir de los criterios, de acuerdo com los cuales, algo puede*

<sup>34</sup> MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares**, p. 44.

<sup>35</sup> MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares**, p. 44.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**, p. 68.

<sup>37</sup> Classificação presente em ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 118.

*calificar-se como bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando es catalogado como bello, valiente, seguro, econômico, democrático, social, liberal o proprio del Estado de derecho*<sup>38</sup>.

A simples decisão tomada pela maioria não é capaz de, por si só, se legitimar. Em um Estado Democrático de Direito, e não em um Estado legalista, os direitos fundamentais formam um núcleo duro de preceitos de ordem axiológica intocáveis. Esses direitos, que funcionam como valores, como já descrito, quando trazidos ao texto constitucional, além de tal função, exercem a função de princípios.

Na ordem constitucional brasileira, esse fenômeno é observado pelo estabelecimento de cláusulas de conteúdo irreduzível, pelo próprio texto constitucional, denominadas de cláusulas pétreas, dentre as quais se inserem os direitos fundamentais<sup>39</sup>. Conforme observa Salo de Carvalho:

*Os Direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração correspondem ao núcleo de legitimidade substancial do Estado democrático de direito e estabelecem um pólo rígido de justiça material independente dos 'desejos', livres ou manipulados. É que a idéia de democracia reduzida à expressão da vontade da maioria não satisfaz às expectativas nascidas com o processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação dos direitos humanos, podendo, inclusive, demonstrar-se autoritária, devido à tendência de tornar universal determinada moral, excluindo os direitos das minorias (as relações de gênero, os problemas raciais e étnicos, as discriminações sexuais, as indiferenças quanto à questão etária, o desrespeito às classes marginalizadas social ou economicamente *et caetera*). Definitivamente, o sentido de democracia não corresponde mais à questão de legitimidade procedimental das decisões majoritárias, pois estas não têm poder deliberativo absoluto (uma decisão pode ser majoritária e autoritária ao mesmo tempo)*<sup>40</sup>.

Consoante o pensamento garantista, uma democracia substancial somente pode existir onde o mínimo de direitos (direitos fundamentais) é respeitado, independentemente das deliberações tomadas por maioria. É o que não ocorre num Estado que define suas diretrizes através de procedimentos legislativos que apresentam a característica da mera legalidade, ou legalidade apenas formal. Concordamos com Ana Cláudia Bastos de Pinho quando diz que:

*O garantismo reconhece que a democracia formal (ou política) restringi-se a regras procedimentais, de quem e como decidir, em que o móvel é o princípio majoritário; já a democracia substancial (ou material) abrange questões sobre o que não se pode decidir e*

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, p. 118.

<sup>39</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>40</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**, p.112.

*sobre o que não se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria, em que o móvel é a defesa dos direitos fundamentais (de índole liberal e social)*<sup>41</sup>.

## 5 A CONSTITUIÇÃO COMO FUNDAMENTADORA DO *JUS PUNIENDI*

Conforme dito linhas atrás, não basta que o juízo positivo de valor, inerente a um bem jurídico, recaia sobre qualquer valor cultural, socialmente necessário ao livre desenvolvimento da personalidade de alguém, deve também tal juízo de valor estar de acordo com a ordem constitucional, ainda que tacitamente.

A constituição, quando promulgada por determinado povo, encerra uma ordem de valores superiores (elementos axiológicos) que devem permear toda e qualquer relação jurídica válida, entre quaisquer pessoas, e principalmente entre o indivíduo e o Estado.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é justamente o respeito a estes nas relações de direito privado entre particulares, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet:

*Já para a corrente oposta, liderada originalmente por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional*<sup>42</sup>.

Se até mesmo podemos admitir, pela força normativa da Constituição e pela supremacia desta, que os particulares devem pautar sua conduta em sociedade pelo respeito aos direitos fundamentais de seus semelhantes, o Estado, ente de direito público detentor do *jus puniendi*, criado para a tutela de direitos, deve ainda muito mais se esforçar para pautar seus atos, através de seus agentes, por valores insculpidos na Constituição, e especialmente, por direitos fundamentais, no que toca às suas relações com os indivíduos. Conforme preleciona Luiz Flávio Gomes:

*A chamada constituição material, justamente porque trata dos seus conteúdos substanciais e centra na pessoa e nos seus direitos fundamentais a base de toda a realidade jurídico-política do Estado, conta com a eficácia interpretativa que, indubitavelmente, se estende a todo o ordenamento jurídico*<sup>43</sup>.

Portanto, qualquer produção normativa feita pelo legislador ordinário deve, ao ser contrastada com esse modelo sistematicamente organizado de valores trazidos pela Constituição, em nosso caso, com o modelo de Estado Democrático de Direito, mostrar-

<sup>41</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**, p. 74.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 375.

<sup>43</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**, p. 84.

se perfeitamente com ele compatível (legitimação interna). Caso contrário deve a aplicação de tal norma ser afastada por invalidez material, ainda que formalmente válida conforme as regras de processo legislativo (legitimação externa), de acordo com o regramento constitucional que trata do controle de constitucionalidade formal. Preleciona Luciano Santos Lopes:

*Todavia, não se trata de simplesmente oferecer justaposições da Constituição às outras normas positivadas. Trata-se de fazer com que a Carta Magna, legitimada por seus princípios, consiga exercer realmente a função sistematizadora e promotora de unidade em um sistema jurídico determinado. Requer-se, também, que a Constituição tenha força normativa. Sob pena de restar como referência meramente retórica. A importância da Hermenêutica constitucional faz-se visível neste plano de discussão<sup>44</sup>.*

A legitimação interna das normas jurídico-penais, em contraposição à sua legitimação externa, deve ser aferida a partir do valor constitucional da dignidade da pessoa humana. Pode-se entender por dignidade da pessoa humana, de um ponto de vista externo, como princípio que obriga que sejam propiciadas à pessoa, pelo Estado, condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade, e de um ponto de vista interno, como um mandamento que obriga a todos e ao Estado a considerar o ser humano como um fim e si mesmo, ou seja, que proíbe a instrumentalização deste. Tal princípio, fundamento da República, na Constituição insculpido no art. 1º, inciso III<sup>45</sup>, norma constitucional de eficácia imediata<sup>46</sup>, deve ser o norte que informará se determinada norma possui ou não validade material. Luciano Santos Lopes ensina que os valores jurídicos e a ordem jurídica:

*São respaldados no respeito à racionalidade oferecida em um Direito de orientação antropológica, ou seja, dirigido para o homem. O respeito aos Direitos Humanos é que traz o signo de racionalidade à Constituição e, por conseguinte, a todo o restante do ordenamento jurídico<sup>47</sup>.*

Desse valor, dignidade da pessoa humana, decorrem os princípios reitores de um Direito Penal Constitucional, formando-se assim, um sistema jurídico-penal constitucional de aferição da validade material de normas infraconstitucionais e suas respectivas interpretações.

<sup>44</sup> LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**, p.114.

<sup>45</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>46</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>47</sup> LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**, p.108.

## 6 PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

As normas jurídicas dividem-se em princípios e regras. Princípios são núcleos mandamentais que permeiam todo um ramo do ordenamento jurídico, de observância obrigatória às relações jurídicas de tal ramo. São pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível<sup>48</sup>. Diferenciam-se das regras porque têm um âmbito de abrangência muito maior, devido ao fato de possuírem maior abstração.

Segundo Dworkin<sup>49</sup>, em caso de colisão entre regras, deve-se escolher somente uma delas a ser aplicada em determinada situação fática que ensejou o referido conflito, excluindo-se as demais. Já em relação aos princípios, estes comportam a aplicação simultânea de mais deles em situações concretas em que colidem, dando-se apenas maior relevância a um deles em relação ao outro. Tal procedimento de decisão se chama ponderação e somente é possível porque os princípios podem ser sopesados, são flexíveis, não são mandamentos herméticos, tais como as regras. A aplicação de quaisquer princípios deve, no caso concreto, se fazer através da ponderação com outros princípios, que representam outros valores, também referentes ao caso. Assim observa Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

*A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de objetividade, inclui a seleção de normas e de fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos<sup>50</sup>.*

Assim podemos concluir, com Humberto Ávila, que “*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser provido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*”<sup>51</sup>.

Os princípios penais constitucionais funcionam como limitações materiais ao direito de punir estatal, seja concernente à atividade judicial ou à atividade legislativa. Calcados no valor da dignidade da pessoa humana, são verdadeiras barreiras ao atuar estatal no âmbito do direito penal. Se desrespeitados, constitui tal desrespeito em

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 36.

<sup>49</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 37.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, p. 376

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 78.

flagrante inconstitucionalidade material, algo que deve ser ilidido pelos agentes estatais competentes, se se deseja estabelecer uma ordem jurídica e um atuar do sistema penal racional e portanto, harmônico com a Constituição. Nesse sentido escreve Renato de Lima Castro:

*Sendo, portanto, os princípios penais de garantia verdadeiros limites materiais à intervenção legislativa no âmbito do direito penal, incumbe-se ao Poder Judiciário, guardião máximo da Constituição Federal e dos valores nela albergados, exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de tipos penais que se encontrem em dissonância com os princípios penais estabelecidos na Carta Política fundamental<sup>52</sup>.*

Tais princípios, apesar de inúmeras classificações apresentadas por diversos juristas, podem ser ordenados da forma abaixo descrita.

**Princípio da Intervenção Mínima:** o direito penal só deve intervir em casos de ofensas muito graves aos bens jurídicos mais importantes, não amparados satisfatoriamente por outros ramos de ordenamento jurídico. Se tais ramos protegem de maneira eficiente determinados bens jurídicos, não há a necessidade de atuação do direito penal, em virtude de este ser mais gravoso. Assim se concebe o direito penal como *ultima ratio*, ou seja, a última medida de tutela estatal a bens jurídicos, somente passível de ser utilizada quando estritamente necessária para a garantia de direitos fundamentais. Tal princípio também é denominado como princípio da subsidiariedade.

**Princípio de Lesividade ou Ofensividade:** também chamado de princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos<sup>53</sup>, informa que ao incriminar determinada conduta, deve o legislador selecionar somente aquelas que efetivamente, concretamente, ataquem a bens jurídico-penais. É vedada a descrição abstrata de algo que não se constitui em direta lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico. Em outra vertente, mais próxima do princípio da insignificância, de mesma origem constitucional, vê-se que o juiz deve afastar a incidência de pena quando estiver diante de uma conduta formalmente típica, mas que não ofende efetivamente a bem jurídico algum em determinado caso concreto, por ser inofensiva. Segundo Francesco Palazzo:

*A afirmação do princípio de lesividade como indicação tendente a evitar que, em sua complexidade, o sistema se afaste de balizas de um direito penal da ofensa, é comum a todos os ordenamentos examinados. Deve-se, todavia, observar que o princípio se fez objeto de maior atenção e particular sistematização científica por parte da doutrina italiana, que bem lhe precisou a autonomia conceitual e o específico significado político-constitucional por intermédio de uma acurada reconstrução das referências normativo-constitucionais que o fundamentam<sup>54</sup>.*

<sup>52</sup> CASTRO, Renato de Lima. Garantismo penal: uma ilusão? In :PRADO, Luiz Regis. (Org.). **Direito penal contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**, p. 136.

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**, p. 108.

<sup>54</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado**, p. 80.

Como se pode observar, a previsão, pelo legislador, de crimes de perigo abstrato, viola tal princípio. Segundo Luiz Flávio Gomes:

*Por força do princípio da ofensividade resulta impossível ao legislador configurar como delito uma mera desobediência ou uma simples transgressão de uma norma ou de um dever jurídico. Nem sequer é delito a conduta formalmente típica mas sem nenhum resultado ofensivo*<sup>55</sup>.

Princípio da Adequação Social: concebido por Welzel<sup>56</sup>, informa que apesar de formalmente típica, uma conduta somente deve ser considerada materialmente típica se discrepante das práticas culturais, da sociedade na qual tal fato se efetivou. Somente são materialmente típicos, os comportamentos destoantes dos comportamentos sociais uniformemente repetidos e aceitos no universo de sujeitos por ele afetados. Destarte, defendemos a tese segundo a qual a adequação social de determinada conduta afasta a tipicidade material, por não lesionar nenhum valor ou expectativa social. Isso se pode concluir considerando que tipicidade formal é tão somente a análise da subsunção da norma ao fato concreto, e que tipicidade material nos remete à análise da efetiva lesão criada pela conduta do agente a bens, expectativas ou valores sociais.

Princípio da Fragmentariedade: o direito penal deve proteger, apenas, como consectário lógico de vários princípios penais, alguns bens jurídicos, nitidamente ligados a direitos fundamentais, e não todos os bens passíveis de tutela. Como consequência da aplicação dos demais princípios à atividade legislativa, esta elegerá somente alguns bens como bens jurídico-penais, e não todos os bens objeto de proteção de todo o ordenamento jurídico.

Princípio da Proporcionalidade: não é exclusivo do direito penal, mas sim, de todos os ramos do direito, sob a ótica da racionalidade constitucional. Pode-se entender tal princípio como a necessidade de haver proporção entre o grau de lesão a determinado bem jurídico-penal e a pena a esta prevista. Nota-se sua aplicação em abstrato quando da definição legal do preceito primário da norma penal incriminadora, e a relação deste com a cominação da pena em seu preceito secundário. Concretamente, se aplica na análise, pelo julgador, da relação existente entre a conduta praticada e o grau da lesão efetivamente provocada por esta ao bem jurídico-penal tutelado. Já razoabilidade faz referencia a tudo aquilo qualificado como lógico, adequado, idôneo, e não se confunde com proporcionalidade. Assim observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes: “O termo razoabilidade – muito presente nos ordenamentos norte-americano e italiano – qualifica tudo o que for considerado conforme à razão. Ele enseja uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, traduzindo aquilo que não é absurdo ou apenas o que é admissível”<sup>57</sup>. A intervenção penal só é racional se dotada de proporcionalidade e razoabilidade.

<sup>55</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**, pp. 67-68.

<sup>56</sup> WELZEL, Hans. **Direito Penal**, p. 106 e ss.

<sup>57</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**, p. 38

Princípio da Insignificância: criado, em seus moldes contemporâneos, por Claus Roxin<sup>58</sup>, se constitui em consequência lógica de outro princípio, qual seja, o princípio da lesividade. No plano da produção legislativa, sua aplicabilidade se encontra na exigência de visualização da efetiva lesão hipotética futura a bens jurídicos externos à ordem jurídica, quando da realização da conduta definida como crime. No plano da aplicação de determinado tipo penal, deve-se aferir se, no caso concreto, a conduta do indivíduo efetivamente lesionou ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, ou se assim não ocorreu por ter sido ínfima a lesão operada. Não há tipicidade material em uma conduta formalmente típica que não lesione de maneira real determinado bem jurídico. Vemos, v.g., a inexistência de tipicidade material na conduta daquele que furta, de alguém, algo de diminuto valor, que não lesionará efetivamente o bem jurídico *patrimônio* alheio. Pode-se enxergar tal princípio também como manifestação do princípio da proporcionalidade. Assim, se uma lesão a um bem jurídico é insignificante, a aplicação de sanção penal é desproporcional a tal lesão. Ao contrário, uma conduta lesiva, ou uma série de condutas insignificantes se isoladamente consideradas, mas que se somadas, representam efetiva lesão ou lesões a bens jurídicos, reclamam por imposição de pena a quem as realizou. Isto se dá porque em tais casos pode-se constatar que houve efetiva lesão, não insignificante, a tais bens, e por isso, proporcional à reprimenda penal.

Princípio da Individualização da Pena: presente no art. 5º, XLVI, da Constituição<sup>59</sup>. Na aplicação da pena deve o juiz levar em consideração o grau da lesão efetivada pelo réu ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora bem como suas características pessoais, como a sua personalidade, sua conduta social, os motivos do crime e as consequências deste, para fixação do *quantum* de sua pena-base. Na execução penal, consiste em cada condenado ter o direito de executar sua pena levando-se em conta suas aptidões, anseios, características pessoais e sua conduta, devendo o Estado proporcionar a ele condições para tal. Este princípio se encontra materializado, em parte no art. 59 do Código Penal<sup>60</sup>.

Princípio da Responsabilidade Pessoal: nenhuma pena passará da pessoa do condenado<sup>61</sup>. Também chamado como princípio da pessoalidade ou da intranscendência. Somente o condenado poderá sofrer diretamente a sanção imposta em sua condenação, ou seja, somente ele poderá responder pela infração penal praticada. A reprimenda penal não poderá atingi-lo por intermédio de sofrimento infligido a

<sup>58</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general**, p. 65-67.

<sup>59</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...).

<sup>60</sup> BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

<sup>61</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

terceiros, como por exemplo, por imposição de penas aflitivas a seus familiares, como o praticado em larga escala em tempos remotos da civilização ocidental. Em dissonância a tal princípio, ainda há em nosso ordenamento jurídico a previsão da pena pecuniária, a única modalidade de pena que admite que outrem, que não o condenado, a execute. Ferrajoli, sobre tal modalidade de pena, preleciona que “*a pena pecuniária é uma pena aberrante sob vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar*”<sup>62</sup>.

Princípio da Humanidade: também chamado de princípio da limitação das penas, informa que não é permitida a existência, segundo a Constituição, em nosso ordenamento jurídico-penal, de qualquer pena que viole a dignidade da pessoa humana<sup>63</sup>, em qualquer de suas facetas. Tal princípio também implica na compatibilidade da execução da pena com as garantias do condenado previstas nas leis vigentes e na Constituição. Ferrajoli, com clareza, ensina que:

*Acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpetua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. (...) Um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes*<sup>64</sup>.

De matiz iluminista e antropocentrista, tal princípio consagra o ser humano como centro de proteção do Estado e da sociedade. Não há como tutelar a sociedade se não tutelamos cada um de seus indivíduos. A vedação de penas cruéis e capitais exprime os anseios de uma intervenção estatal mínima, no âmbito do Direito Penal. Nos moldes do garantismo penal, a atuação do Estado pelo Direito Penal deve ser mínima, e a atuação do Estado de bem-estar social deve ser máxima. Como bem observa Luiz Luisi:

*A Consagração do princípio da humanidade no direito penal moderno, deve-se ao grande movimento de idéias que dominou século XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogaram a transformação do Estado, partindo de duas idéias fundamentais. De um lado a afirmação de existência de direitos inerentes à condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo necessário, e sem penas degradantes*<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 334.

<sup>63</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 318.

<sup>65</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais, p. 32.

Princípio da Culpabilidade: é o grau de reprovabilidade sócio-normativo incidente sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. É o juízo de censura incidente sobre esta. Serve com indicador do *quantum* da pena a ser aplicado, em concreto. Nas palavras de Francesco Palazzo:

*Assim, como dissemos, é dúplice a ‘virtude constitucional’ do principio da culpabilidade; igualmente dúplice a sua ‘operatividade’ estritamente penal, seja como critério subjetivo de imputação do ilícito, seja como critério de comissuração da pena. E é obviamente nesse terreno que se manifesta a efetiva influência do principio constitucional sobre o sistema penal*<sup>66</sup>.

O art. 59 do Código Penal<sup>67</sup> obriga o julgador a levar em consideração na fixação da pena o grau de reprovabilidade da conduta do agente. Nesse íterim, funda-se na exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade também pode ser entendida como elemento do conceito analítico de crime e como princípio que afasta a responsabilidade penal objetiva, ou sem culpa. Conforme informa Assis Toledo:

*Deve-se entender o principio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apóia sobre a crença – fundada na experiência da vida cotidiana – de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstancias, agir de outro modo*<sup>68</sup>.

Princípio da Legalidade: com sede constitucional e corolário do Estado Democrático de Direito, tal princípio se mostra como a primeira grande barreira ao *jus puniendi* estatal<sup>69</sup>. É deste princípio que parte a teoria garantista do direito penal. Visto sob um prisma formal, consiste em que somente será possível a intervenção penal pelo Estado, caso exista lei anterior que defina o fato como criminoso, e comine sua respectiva pena. Tal lei, para ser formalmente válida, deve respeitar as regras de processo legislativo previstas em sede constitucional. A validade formal é a primeira etapa de aferição da validade da norma. Em um Estado Democrático de Direito, que realmente busque coerência com seu modelo, deve haver a perfeita compatibilidade do conteúdo de suas normas com o conteúdo de seus princípios constitucionais. Não basta que uma norma seja formalmente válida, mas sim, deve ser materialmente válida quando contrastada com tais princípios. Nisso constitui a validade material, ou legitimidade, das normas constantes do ordenamento jurídico. Deve haver não a mera legalidade formal, mas sim a estrita legalidade. Para Ferrajoli:

<sup>66</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado**, p. 56.

<sup>67</sup> BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

<sup>68</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, p. 86-87.

<sup>69</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, art. 5º, inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

*O sistema das normas sobre a produção de normas - habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos jurídicos, com fundamento constitucional, não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos. Assim, uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, pode muito bem ser inválida e como tal suscetível de anulação por contraste com uma norma substancial sobre sua produção<sup>70</sup>.*

Deve o magistrado, quando da aplicação da lei, contrastar esta com a ordem constitucional vigente. O modelo clássico de subsunção da lei ao caso concreto sede lugar à análise da conformidade da lei com a ordem constitucional e os princípios dela decorrentes. O juiz deve exercer o controle difuso – ou concreto – de constitucionalidade de cada dispositivo ou expressão contida nas normas infraconstitucionais. Assim preleciona Salo de Carvalho:

*Como ensina Streck, é relativamente fácil delinear um modelo garantista, sendo difícil a tarefa de modelar técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Percebe o constitucionalista gaúcho que a forma de potencializar o valor normativo da Constituição é delegar ao jurista a séria tarefa de contaminar o direito infraconstitucional, pois garantismo deve ser entendido como maneira de fazer democracia dentro e a partir do direito. Como ‘tipo legal’, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito<sup>71</sup>.*

A única forma possível de legitimar a intervenção penal, sob o prisma constitucional, é através da análise da legalidade material das normas infraconstitucionais. A legalidade material (legitimidade) somente se verificará em relação às normas que sejam consoantes ao modelo constitucional de Estado Democrático de Direito, fundado no respeito e garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido é a lição de Luciano Santos Lopes:

*A legitimidade da norma penal é indispensável para o controle material da legalidade. Tal legitimidade somente existirá com o respeito do Direito Penal ao plano normativo hierarquicamente superior. Deve-se respeitar as premissas de racionalidade que fundamentam a Constituição (respeito aos direitos humanos) e realizando uma democrática interpretação da Carta Política (uma filtragem constitucional, em uma hermenêutica plural)<sup>72</sup>.*

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías – la ley del más de débil, p. 66. *Apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, p. 108.

<sup>71</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**, p.108.

<sup>72</sup> LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**, p.126.

O princípio em questão, em seu matiz formal, se divide em quatro axiomas, quais sejam:

*Nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*<sup>73</sup>: a norma penal incriminadora deve ser previa à conduta por esta considerada como crime. Todo indivíduo tem o direito subjetivo público a saber se o que esta praticando se constitui em crime ou não. Segundo famosa expressão de Franz Von Liszt, “o código penal é a carta magna do criminoso”<sup>74</sup>. A *novatio legis in pejus* não retroagirá, para atingir condutas anteriores já consumadas. Se fosse possível tal aplicação retroativa, sempre haveria a possibilidade de sermos condenados por condutas perfeitamente lícitas ao tempo que as praticamos.

*Nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta*: somente a lei *strictu sensu*, ordinária ou complementar, pode definir fatos como crimes e cominar penas. Os costumes sociais não o podem fazer, tampouco outras espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição da República<sup>75</sup>, tais quais decretos, medidas provisórias, resoluções *et caetera*. Por mais que certas condutas sejam anti-sociais ou ate mesmo firam bens jurídicos, não podem ser consideradas como crimes e sujeitar seus autores a pena, senão através de lei formal e materialmente válida. Se a mera constatação de que dada conduta não encontra amparo nas expectativas sociais tivesse o condão de imputar pena a quem a pratique, qualquer um poderia ser apenado a qualquer tempo, sob tal pretexto, ao livre arbítrio do magistrado.

*Nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*: por mais que seja o sistema penal lacunoso, e que se observe, através do cotejo entre normas penais, que o legislador obviamente quis considerar determinada conduta como crime, mas não o fez expressamente, não podemos considerá-la como tal. Não se pode utilizar do instrumento hermenêutico da analogia para criar normas penais incriminadoras nem para deixar mais gravosa a situação do imputado. Caso contrário, o juiz poderia condená-lo com base em ilações, a partir da lei, que este jamais poderia deduzir antes da prolação da sentença, quando da prática do fato analogicamente considerado como criminoso.

*Nullum crimen, nulla poena, sine lege certa*: expressões vagas ou sem sentido determinado não podem ter o condão de gerar normas penais que incriminem condutas. Por mais que tal norma seja formalmente válida, pois seguiu corretamente o procedimento constitucional de sua elaboração, jamais será materialmente válida, pois não proporciona ao réu a real ciência de quais condutas pode ele tomar sem que a lei as considere crime. Sabemos que a utilização de expressões vagas e sem sentido certo é típica de regimes de governo totalitários que se utilizam do direito penal como instrumento de terrorismo institucionalizado.

<sup>73</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, art. 5º, inciso XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

<sup>74</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, p. 99.

<sup>75</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

Nisso se constitui a segurança jurídica normativa aplicada ao âmbito do direito penal, proporcionada pelo princípio da legalidade formal. Tais vertentes se prestam a materializar formalmente os objetivos a serem alcançados pela ordem constitucional, na seara do Direito Penal. Apesar da garantia da legalidade formal, nunca se deve olvidar da necessidade garantia da legalidade material, em face da Constituição. Assim ensina Luciano Santos Lopes:

*A lei deve definir as hipóteses abstratamente criminosas de forma clara e atenciosa. Legalidade, desta forma, funciona como uma garantia do indivíduo contra o Estado, na defesa de sua liberdade e, também, demarca o campo de atuação estatal na punição penal. Salienta-se, novamente, que tal princípio é ponto central a ser respeitado em um sistema penal que se entende atencioso às garantias e direitos fundamentais do ser humano. É signo importante de um Estado Democrático de Direito<sup>76</sup>.*

O ordenamento jurídico-penal somente pode se legitimar materialmente se estiver consoante tais princípios. Princípios estes de raízes constitucionais, expressa ou tácita, mas de obrigatória observância para o modelo constitucional adotado pelo país, qual seja o modelo de Estado Democrático de Direito. Tais princípios servem ao mesmo tempo de limite à intervenção estatal no âmbito do Direito Penal e de legitimação de tal intervenção. É a legitimação material através da limitação também material. Por fim, no dizer de Francesco Palazzo:

*Em síntese, pode-se dizer que da influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à secularização do Direito Penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas da existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico<sup>77</sup>.*

## 7 CONCLUSÃO

O modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito obriga aos agentes do direito a ele submetidos o respeito à sua ordem de princípios galgada na dignidade da pessoa humana. Não há razão de existir para um Estado se este não se presta a proteger individualmente o seu povo. A legitimação de qualquer intervenção estatal, de qualquer restrição que este ente opere aos direitos de seus cidadãos, esbarra nas barreiras dos direitos fundamentais, único núcleo de proteção capaz de legitimar a atuação estatal no sentido de restringir quaisquer direitos individuais.

<sup>76</sup> LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**, p. 84.

<sup>77</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado**, p. 87.

O garantismo penal pode ser entendido como uma teoria que estabelece preceitos mínimos de observância obrigatória para o Estado que pretende ter sua intervenção penal materialmente legítima, e que, por outro lado, identifica pontos tendentes à deslegitimação da intervenção penal de Estados que inobservam tais preceitos constitucionais básicos.

O que se busca com tal teoria é a maximização da efetividade da atuação do sistema penal, com a minimização da violência empregada pelo Estado e da existente no seio da sociedade. Ferrajoli assevera que:

*Um projeto de democracia social é, portanto, formado por todos aqueles elementos com os quais se faz um Estado social de direito: este consistente na expansão dos direitos dos cidadãos e correlativamente dos deveres do Estado, ou, se se preferir, na maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes<sup>78</sup>.*

Para que tal equação aconteça, a racionalidade e a efetividade de direitos fundamentais devem sempre permear todo o ordenamento jurídico-penal. Assim se obedecerá aos ditames constitucionais de legitimação da atividade do sistema penal. Até mesmo sob um ponto de vista contratualista clássico, a única via de se reconhecer um Estado como legítimo e democrático é a sua atuação no sentido de proteção do indivíduo, aquele que cede uma parcela de sua liberdade a esse ente superior, que em troca protege o indivíduo de outros indivíduos e de si próprio. Nesse diapasão são as lições de Salo de Carvalho:

*A centralidade da pessoa e o respeito pelos direitos humanos determinam os critérios de justificação externa do poder, delimitando os pressupostos normativos de tolerabilidade do sistema. Se desde o seu interior, direito e Estado são legitimados substancialmente pelos direitos fundamentais, externamente são os direitos humanos que propiciam os parâmetros conclusivos sobre a justiça do modelo, servindo de padrão avaliativo do próprio conteúdo do pacto social: a Constituição<sup>79</sup>.*

A teoria do garantismo penal, criada por Ferrajoli, deve ser a tônica dos agentes do direito interessados no respeito integral ao ser humano, na efetividade para todos das garantias fundamentais e do real estabelecimento de uma democracia material, sem se olvidar a necessidade ainda presente de atuação do sistema penal. Pois, para o Estado, a perda da racionalidade, é consequentemente a perda de sua legitimidade. Com clareza, aduz Luciano Santos Lopes que:

*Todo Estado de Direito que se deseje democrático, para ser legítimo, tem que se fundamentar em uma ordem racional. Uma Constituição bem formulada, capaz de*

<sup>78</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, pp. 798-799.

<sup>79</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**, p. 115.

*validar todo um ordenamento jurídico, tem que se fundamentar em valores racionais que são alcançados pelo respeito aos direitos humanos*<sup>80</sup>.

Assim, a promoção do bem comum e a efetivação dos objetivos mais elevados do Estado Democrático de Direito serão, se não alcançados, ao menos buscados. É o mínimo que se pode fazer para se promover uma sociedade livre justa e igualitária, objetivos de nossa Constituição da República, que, do ponto de vista formal, também é chamada de constituição cidadã, mas que, para nosso infortúnio, é ainda muito timidamente aplicada, assim comprometendo a plenitude da cidadania por ela prometida.

## REFERÊNCIAS

- ALCOVER, Pilar Giménez. **El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto 678, de 6 novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso: 3 fev. 2009.
- BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez.1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>> Acesso: 28 out. 2008.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CASTRO, Renato de Lima. Garantismo penal: uma ilusão? *In*: PRADO, Luiz Regis. (Org.). **Direito penal contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – la ley del más de débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Luis Flávio Gomes *et alii*. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

<sup>80</sup> LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**, p.108.

- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: Os bens jurídicos ou a vigência da norma? *In*: CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. por M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. *In*: Teresina: **Jus Navigandi**, ano 4, n. 45, set. 2000.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROCCO, Arturo. **L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale**. Torino: Fratelli Bocca, 1913.
- \_\_\_\_\_. ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general**. 2. ed. Trad. Diego-Manuel, Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In Pena y Estado**. Barcelona, n. 1, 1991.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004.