

O QUE É GARANTISMO INTEGRAL?

Douglas Fischer¹

RESUMO: O presente texto procura demonstrar que, na análise do autor, há equívocos na difusão da doutrina de garantias, notadamente a partir das concepções defendidas na íntegra por Luigi Ferrajoli. Apresenta-se uma proposta de leitura constitucional e consideração de todos os valores e princípios constitucionais, não apenas os de primeira geração, ligados diretamente aos direitos individuais de primeira geração e vinculados a uma concepção iluminista. Faz-se uma crítica à visão de que também no processo penal deveriam ser considerados apenas direitos individuais à luz do sistema garantista.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Penal. Processo Penal. Garantismo. Análise crítica da visão difundida no Brasil. Concepção. Consideração de todos os valores e normas insertos na Constituição da República.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As concepções fundantes e os pilares da *teoria garantista*. 3. “Garantismo”: da teoria (integral) da doutrina de Ferrajoli para a fragmentação que denominamos *de garantismo monocular*. 4. Alguns exemplos de *fragmentação* da teoria garantista. 4.1. Possibilidade (ou não) de o Ministério Público realizar procedimentos investigatórios. 4.2. Limitação ao prazo de 30 dias das interceptações

¹ Douglas Fischer é Procurador Regional da República na 4ª Região, Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal, Coordenador da Assessoria Criminal do Procurador-Geral da República no Supremo Tribunal Federal.

telefônicas. 4.3. Da (im)possibilidade da execução de penas na pendência de recursos de natureza extraordinária. A impunidade pela prescrição em razão da interpretação isolada (tópica), e não sistêmica, que vem sendo conferida ao tema pelos tribunais. 5. Conclusões. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O texto em tela é apresentado a partir de outro que originou - e inaugura - a obra "Garantismo Penal Integral", hoje em segunda edição², sendo ora trazido, com ajustes, acréscimos e atualizações, para debate dialético em obra publicada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

A finalidade é tentar demonstrar que a proposta de Luigi Ferrajoli está tendo "leituras equivocadas" especialmente em terras brasileiras, enfatizando exclusivamente apenas um dos vetores do que propugnado pelo autor italiano. Não se está defendendo ser equivocado fazer a devida adaptação ao que consta na teoria original ao sistema brasileiro. O que se procura criticar - com dados e elementos concretos - é uma distorção efetiva da *gênese* e *essência* da teoria.

O texto originário tem título de "O que é garantismo penal (integral)?", mas hoje alteramos propositadamente, excluindo a palavra "penal", referindo-se apenas à "garantismo integral".

A razão da alteração é preciso ser esclarecida já agora.

Primeiro, porque, como se verá no texto (inclusive no original), no Brasil (e aí uma das distorções iniciais) sempre se analisa o pensamento

² FISCHER, Douglas. CALABRICH, Bruno. PELELLA, Eduardo (org). **Garantismo Penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. 2ed. 2013, Salvador: Juspodivm.

de Ferrajoli como sendo uma "teoria de Direito Penal", quando, basta ler os originais, não é *apenas isso*. Se fosse possível fazer uma síntese, a teoria tem em seu âmago temas da jusfilosofia e do direito constitucional, que irradiam - aí sim - efeitos não só sobre a seara penal, mas sobre todas as demais que integram o patrimônio jurídico.

Em segundo lugar, porque em honroso debate pessoal com Luigi Ferrajoli em Brasília no final do ano de 2013, o professor italiano - que já tinha em mãos a primeira edição da obra -, ao receber a segunda indagou-me com seu jeito peculiar e humilde: no caso, não achas melhor excluir a palavra "penal" ? Embora se possa encontrar na vasta bibliografia do mestre italiano a referência a *garantismo penal*, a ponderação era de todo procedente, pois estamos falando - e defendendo - a leitura da teoria como um todo, e não apenas numa de suas vertentes. Mas, na verdade, explicamos - e prontamente compreendidos - que a inclusão da palavra "penal" se dava porque, aqui no Brasil, havia essa difusão de que a teoria seria de Direito Penal. Assim, a inclusão era para chamar a atenção - ao menos no início da crítica - acerca da necessidade da melhor compreensão do tema.

E terceiro, porque reafirmou o professor Luigi Ferrajoli a importância sim de um garantismo com *todas* as suas bases filosóficas, referindo - e referendando - a importância da expressão *integral*, cunhada por nós para alertar acerca dos equívocos doutrinários que estavam ocorrendo em face do que também denominamos de *garantismo monocular* (adiante melhor especificado).

Feitas essas considerações introdutórias da adaptação do texto (e em parte reproduzido *ipsis literis*), é preciso agora reafirmar que, entre tantos países em que violações de direitos fundamentais individuais

foram a tônica durante determinados períodos notadamente *autoritários*³, tal como – e apenas exemplificativamente – ocorrido na Itália, na Espanha, em Portugal, na Alemanha, na Argentina e no Chile, a democratização iniciada na metade da década de 1980 no Brasil foi e ainda é comemorada, pois não podia mais haver conformidade com um sistema político, social e jurídico que não se amoldava a princípios gerais de convivência almejada entre os pares em sociedade. O movimento de redemocratização do país culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, argutamente denominada *Constituição Cidadã* pelo então presidente do Congresso Nacional, Ulysses Guimarães.

Estabelecidos então novos marcos *teóricos* sociais, políticos e também jurídicos, a partir da metade da década de 1990 começaram a surgir manifestações doutrinárias mais enfáticas fazendo coro à necessidade de aplicação, também no Brasil, da *doutrina de garantias*.

Fizemos outro corte para deixar claro: somos integralmente favoráveis à doutrina de garantias, mas devidamente aplicada e sopesada. Aliás, apenas para destacar, é de nossa lavra, como membro do Ministério Público, o primeiro *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal pedindo o afastamento da Súmula 691, STF, em prol de réu condenado sem o devido processo legal⁴.

³ “El garantismo se opone, pues, al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad [...]” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 22.

⁴ Vide HC n. 86.824, distribuído em 29.9.2005. In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2326392>. Referido *writ* perdeu o objeto em razão da concessão do *habeas corpus*, também de nossa lavra, impetrado perante o STJ e autuado sob o número 37.581. Acesso em 29 jul 2014. Anota-se que a *relativização* da Súmula 691 ocorreu pouco tempo depois, mas no julgamento do HC 86.864-9. Conforme anotamos na nota de rodapé n. 755 (em parte ora reproduzida) da obra de nossa autoria *Delinquência Econômica - Estado Social e Democrático de Direito*, “O primeiro, em favor de pessoa notoriamente pobre, presa indevidamente há mais de 2 anos por incompetência absoluta do juízo que o condenara por tráfico de entorpecentes (no caso, atuara como “mula”). Tentada a liberdade mediante Habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, no

Prosseguindo: impende destacar também que o *desenvolvimento* mais destacado da *doutrina de garantias* esteve diretamente relacionado a determinado momento de *recrudescimento da legislação penal* na Itália, como adiante também será mais detalhado.

Em síntese inicial, procurou-se defender que não mais poderiam ser aplicáveis inúmeros dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais que se apresentassem completamente incompatíveis com as *garantias* fundamentais dos cidadãos e que estivessem estampadas numa Constituição democrática. Essa era a preocupação central, mas não a única, segundo cremos e interpretamos.

É importante pontuar *claramente* que *garantismo não é* simplesmente *legalismo*, pois a teoria está calcada numa visão teórica de um direito próprio de um Estado Social e Democrático.

É dizer: sob a ótica penal, ao tempo em que o investigado ou réu não pode ser mais visto como *um objeto* na instrução processual, e sim

writ nº 37.581-PR, com distribuição havida em 17/08/2004, a liminar foi indeferida em 20/08/2004. Com parecer favorável da Procuradoria-Geral da República anexado aos autos em 27/09/2004, o feito restou paralisado por aproximadamente um ano, até 04/10/2005. Nada obstante quatro pedidos de preferência tenham sido formulados, o réu-paciente continuava preso. Em 29/09/2005, impetrou-se o Habeas Corpus nº 86.824 perante o Supremo Tribunal Federal, reiterando-se a ilegalidade da prisão, bem assim a necessidade de se afastar o óbice imposto pela Súmula 691 do STF (Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar), pois não se tratava de hipótese de ataque direto e simultâneo à decisão monocrática de ministro de tribunal superior, mas sim em face de verdadeira negativa da prestação jurisdicional. Sem liminar, foram solicitadas informações ao impetrado, que as prestou somente após reiteração. Em 29/11/2005, o Superior Tribunal de Justiça deferiu o habeas corpus, e determinou a liberdade do paciente. O Habeas Corpus ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal ainda não havia sido apreciado até então, quando perdeu seu objeto. O segundo, Habeas Corpus nº 86.864-9, foi impetrado em 05/10/2005 a favor de filho de conhecido empresário e político de grande influência nacional (que com ele se encontrava preso pelos mesmos motivos), contra o indeferimento de liminar em outro writ perante o Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus nº 47.482-SP, distribuído em 19/09/1995), que ocorreria no dia 21/09/2005 (15 dias antes). Em 20/10/2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, afastando o óbice da referida Súmula, em decisão inédita após sua edição, por maioria (vencidos os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, ausentes os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cezar Peluzzo), deferiu a liminar e libertou o paciente [...]."

como um *sujeito de direitos* (referido aqui unicamente por esse prisma *inicial* do *garantismo*), a submissão do juiz à lei não mais é – como sempre foi pela visão *positivista* tradicional e *ilustrada* – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acríptico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição (validade) vista como um todo. Sem exarar considerações críticas ou valorativas de nossa parte, ressalta-se que talvez por isso é que Prieto Sanchís defenda que a justiça constitucional verdadeiramente indispensável (especialmente em sede penal) não é do tribunal constitucional, mas da jurisdição ordinária ⁵.

Na senda de Gascón Abellán, é importante visualizar "*como primera aproximación que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte de poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas*"⁶.

Concordamos plenamente que, *como uma primeira aproximação*, a teoria garantista – cujo marco histórico fundamental *inicial* foi, efetivamente, a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli – tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais *individuais* (denominados *direitos de primeira geração*) estabelecidos precipuamente na Constituição da República.

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 170. Apud ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 62.

⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 21.

Todavia, “*garantismo*” – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli, notadamente em dias atuais, com a evolução do pensamento – não é e não pode ser (mais) um marco teórico calcado *exclusivamente* na premissa sintetizada acima. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos *direitos* fundamentais *individuais*, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos *coletivos e sociais*), também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que *não* podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão *sistêmica e integral* dos comandos da Carta Maior.

Quiçá pela preocupação de que fossem protegidos de forma urgente e imediata *apenas* os direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos (e havia na gênese do movimento razões plausíveis para uma *maior* proteção de tais direitos em embates na seara penal), não raro vemos hodiernamente um certo desvirtuamento dos *integrais postulados garantistas*, na medida em que a ênfase única continua recaindo *exclusivamente* sobre direitos fundamentais *individuais* (como se houvesse apenas a exigência de um *não-fazer* por parte do Estado como forma de garantir unicamente os direitos de primeira geração).

Também são correntes situações típicas de *decisionismos* (criticadas veementemente por Ferrajoli, mas em polo inverso de aplicação – antes *contra* os réus) embasadas em *doutrinas garantistas* sem que se diga, científica e/ou dogmaticamente, qual a fundamentação *coerente* para a tomada de tal ou qual posição.

Exemplificativamente, não é incomum encontrar decisões judiciais e posicionamentos doutrinários defendendo que, *modernamente*, o Direito Penal somente poderia incidir de forma *subsidiária*, verdadeira

ultima ratio, a ele ocorrendo-se quando todos os demais ramos do Direito não cumpriram seus desideratos de proteção do bem jurídico. A assertiva é verdadeira, mas quando utilizada sem uma mínima fundamentação racional, de forma indiscriminada e como verdadeira frase-pronta (hipótese modernamente conhecida como *copiar-colar*) para situações em que não poderia incidir referido princípio (vide adiante o terceiro pilar fundante do garantismo), acaba gerando verdadeira *desproteção sistêmica*. É dizer: sem racionalidade (para não dizer *sem fundamentação*), protegem-se exclusivamente direitos individuais fundamentais sem que se note (preferimos pensar assim, um equívoco no modo de compreensão da doutrina aplicada) uma desproporcionalidade em relação aos demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional.

A questão central do presente e modesto trabalho está exatamente aí: em doutrina e jurisprudência, têm-se difundido os *ideais garantistas* sem que se analise pelo menos de um modo minimamente dogmático o que, efetivamente, significa *garantismo*. É a *Íntegra* de seus postulados (devidamente concatenados) que pretendemos seja aplicada (porque assim a Constituição determina), e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se *unicamente* direitos *individuais* fundamentais) e que temos denominado de *garantismo monocular*⁷, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli (ao menos na leitura que fizemos de seu *integral* pensamento). Daí que, em texto de algum tempo, ousamos *criar* a expressão *garantismo penal integral* -

⁷ FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 29 jul 2014.

hoje referido apenas como *garantismo integral* - como forma de demonstrar que, sendo o garantismo nada mais do que a visão atual do *constitucionalismo*, há se considerar na hermenêutica constitucional (sobretudo com reflexos nas searas penal e processual penal) a valoração de *todos os direitos e deveres* existentes no corpo da Carta Maior, e não apenas os direitos fundamentais *individuais* (e de primeira geração) dos investigados e/ou processados criminalmente.

Que fique bem claro: temos a plena consciência de que a compreensão do sistema jurídico e das doutrinas que o circundam (e o *garantismo* com reflexos na área *penal* é uma delas) requer a humildade de se admitir que há antinomias e proposições contrárias ao pensamento que se desenvolve. Repristinando nossas premissas assentadas noutro momento⁸, pretender uma única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação (inclusive do teor de uma *doutrina*). Se é certo que diferentes intérpretes podem produzir, a partir do mesmo texto, distintas normas jurídicas, não se pode afastar que, a partir de uma mesma *doutrina*, também podem defluir posicionamentos interpretativos pouco diversos. É o caso em voga. O que se pretende é buscar a compreensão do *garantismo* que se considera *mais adequada*, pois, na senda de Larenz, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao Direito, em que existe apenas o aceitável (justificável). Como diz, em complemento, Recaséns Siches, "*las tesis y los juicios en el Derecho son formulados dentro de determinados márgenes de posibilidad, con pretensiones de probabilidad y nunca de un modo exacto, antes bien, sólo de un modo aproximadamente adecuado*"⁹.

⁸ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 37-38.

⁹ RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 120.

O que se deve perseguir, então, é o que se denomina de *melhor resposta*, aquela que se apresenta de forma mais *racional*, *mais razoável* para a solução do impasse.

A questão que se põe em discussão então é: o que é garantismo na *íntegra* das proposições de Ferrajoli? Tentaremos trazer a resposta que consideramos *a mais consentânea* com a doutrina retromencionada, devidamente concatenada com a realidade jurídica brasileira.

2 AS CONCEPÇÕES FUNDANTES E OS PILARES DA TEORIA GARANTISTA

Numa *primeira* acepção, garantismo designa *um modelo normativo de direito*. Num plano político, revela-se como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e num plano jurídico “como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos”. Em consequência, é garantista “todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efetiva”¹⁰.

Já numa *segunda* acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica de *validade e efetividade* como categorias distintas não somente entre si, mas também acerca da *existência* e *vigência* das normas. Sob esse espectro, garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o *ser* e o *dever ser* em Direito¹¹. Numa frase: o juiz não tem obrigação jurídica de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes. E isso se revela extremamente importante no Brasil, onde o denominado controle difuso é

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 851-852.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 852.

consentâneo ao sistema jurídico vigente e pode ser realizado em todas as instâncias (observadas, por evidente, as limitações das decisões constitucionais com efeitos vinculantes exaradas pelo Supremo Tribunal Federal).

E, pelo prisma de uma *terceira* acepção, garantismo designa uma *filosofia política* que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos¹².

Essas três acepções de *garantismo*, diz Ferrajoli¹³, delineam uma *teoria geral do garantismo*: o caráter vinculado do poder público ao estado de direito; a separação entre validade e vigência; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade.

Gascón Abellán¹⁴ enceta com precisão: num verdadeiro Estado garantista, o legislador (dizemos nós, em complemento: não só o legislador, mas todos os *poderes* do Estado e também os particulares) não tem um poder de disposição, pois está limitado pelos bens e valores constitucionais (donde se enquadram, repise-se, *não apenas* os direitos fundamentais *individuais*).

Como salienta Prieto Sanchís¹⁵, Ferrajoli sempre insistiu que o paradigma garantista "*es uno y el mismo que el actual Estado constitucional de derecho, o en que representa la outra cara del*

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 853.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 854.

¹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 30.

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y garantismo**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 41.

constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idoneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos [...] [todos os direitos, explicitamos] [...] reconocidos constitucionalmente".

Com efeito, o *Sistema Garantista* (denominado por Ferrajoli como SG) tem pilares firmados sobre dez axiomas fundamentais, que, ordenados, conectados e harmonizados *sistemicamente*, determinam as “regras do jogo fundamental” de que se incumbe (também) o Direito Penal e o Direito Processual Penal¹⁶. Não há se esquecer: são proposições assertivas e não prescritivas.

Nas exatas palavras de Ferrajoli, *"el modelo garantista [...] presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminal, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos"*¹⁷.

Numa síntese, os princípios fundantes do *garantismo* (agora sob o *prisma*) penal são os seguintes¹⁸: 1) princípio da *retributividade* ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido (que demonstra o

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 93.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 103-104.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 93.

expresso reconhecimento de Ferrajoli da *necessidade* do Direito Penal, contrariamente a visões *abolicionistas*. Aliás, Ferrajoli reiteradamente tem dito que o garantismo penal é a *negação* do abolicionismo¹⁹); 2) princípio da *legalidade*: inviável se cogitar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do Direito Penal: somente se deve acorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios. É a *ultima ratio* do Direito Penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do ato: além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido, desde que deflua da Constituição (direta ou indiretamente) mandato que ordene sua criminalização²⁰; 5) princípio da *materialidade*; 6) princípio da *culpabilidade*: a responsabilidade *criminal* é do agente que praticou o ato, sendo necessária a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor; remanescendo dúvidas razoáveis, há se aplicar o aforisma *in dubio pro reu*; 7) princípio da *jurisdicionalidade*: o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência de que as penas de natureza criminal sejam impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação: numa frase significa *unicamente* que o julgador deve ser pessoa distinta da do acusador; 9) princípio do *encargo da*

¹⁹ Vide palestra proferida por Luigi Ferrajoli no dia 1º de maio de 2007, na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, com tradução de Sandra Dall'Onder.

²⁰ A propósito, vide GONÇALVES, Luiz Carlos dos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Fórum, 2008.

prova: ao réu não se deve impor o ônus de que é inocente, pois é a acusação quem tem a obrigação de provar a responsabilidade criminal do imputado; 10) princípio do *contraditório*: sendo inadmissíveis procedimentos kafkianos, deflui do devido processo legal que o réu tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada a mais ampla possibilidade de, se quiser, rebater (ampla defesa) as acusações que lhe são feitas.

Reportando-se a Ferrajoli, anota Miguel Carbonell que, para o mestre italiano, garantia “es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un *derecho subjetivo*” [atente-se que não se destaca que, necessariamente, seja um direito subjetivo individual]. Podem haver “*garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algun derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algun derecho*”²¹.

A equação pode parecer complexa, mas na raiz é bastante simples: para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e (também, segundo defendemos) na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há se observar que os princípios elencados funcionam como guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

²¹ CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p.182. Na verdade, o livro é GARANTISMO – ESTUDOS SOBRE O PENSAMENTO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI.

3 “GARANTISMO”: DA TEORIA (INTEGRAL) DA DOCTRINA DE FERRAJOLI PARA A FRAGMENTAÇÃO QUE DENOMINAMOS DE *GARANTISMO MONOCULAR*

Compreendemos que a leitura mais racional da tese central do *garantismo* está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e *também* coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição.

Normas de hierarquia inferior (e até em alterações constitucionais) ou então interpretações judiciais não podem solapar ou restringir o que já está (e bem) delineado constitucionalmente na seara dos direitos (e deveres) fundamentais. Embora eles não estejam previstos única e topicamente ali, convém acentuar que o art. 5º da Constituição está inserto em capítulo que trata “*dos **direitos e deveres individuais e coletivos***”. Assim, como forma de maximizar os fundamentos garantistas, a função do hermeneuta está em buscar quais os valores e critérios que possam *limitar ou conformar constitucionalmente* o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Não temos dúvidas, a Constituição Federal brasileira é *garantista* e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, mas insistimos: a teoria garantista não existe *apenas* para proteção de interesses e direitos fundamentais individuais. Como bem salienta José Luis Martí Mármol, “*el paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos*

civiles (o de autonomía privada), derechos liberales (o de libertad) y derechos sociales^{22 23} [grifos nossos].

Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical²⁴) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá assentar-se sobre fórmulas rígidas e pela simples análise *pura* (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição).

Na linha dos próprios fundamentos basilares do *garantismo*, não se afigura difícil compreender que a Constituição ocupa uma função central no sistema vigente (sem gerar um *panconstitucionalismo*), podendo-se dizer que seus comandos traduzem-se como *ordenadores* e

²² MARTÍ MÁRMOL, José Luis. **El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 384.

²³ José Casalta Nabais (**Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007) defende que os deveres fundamentais constituem-se em categoria jurídica constitucional específica. Nessa senda, abordando o tema relativo aos *custos dos direitos*, ensina que uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até o momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são justamente os custos *lato sensu* ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização visa justamente realizar um determinado nível de direitos fundamentais, *sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais*. Nada obstante suas reservas acerca da premissa de que haveria uma necessária correlação entre direitos e deveres fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 548) reconhece explicitamente que “ao lado de deveres conexos com direitos fundamentais existem também deveres autónomos (exs: art. 106º, dever de pagar impostos)”.

²⁴ Como diz Maria Fernanda Palma (**Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 16), “a Constituição pode conformar o Direito Penal porque funciona como uma espécie de norma fundamental autorizadora do Direito ordinário, assumindo um papel hierarquicamente superior”.

*dirigentes*²⁵ aos criadores e aos aplicadores (intérpretes) das leis (aí incluída a própria Constituição, por evidente).

Como se vê da doutrina de Maria Fernanda Palma, é "*a Constituição quem define as obrigações essenciais do legislador*²⁶ *perante a sociedade. Ora, esta função de protecção activa da Sociedade configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores*²⁷."

Nessa linha, entendemos também deva ser a interpretação do próprio conteúdo dos dispositivos constitucionais.

Para nós, significa que a compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma

²⁵ Ao abordar os problemas decorrentes das relações entre a Constituição e a lei em sua obra intitulada **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, Canotilho [2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 11] reconhece que o núcleo essencial do debate que propõe está no "que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais". Em razão do conteúdo conclusivo do mestre de Coimbra no prefácio da segunda edição de sua obra, interpretações doutrinárias – notadamente no Brasil – começaram a apontar no sentido de que, hodiernamente, não mais permaneceriam hígidas suas proposições acerca da vinculação do legislador a uma Constituição dirigente. O cerne do pensamento permanece. A assertiva é do próprio Canotilho, que apenas admite que as condições sociopolíticas que inspiraram a edição da obra no ano de 1982 se modificaram. Contudo, ratificando que uma Constituição dirigente representa um projeto de limitação do legislador, da liberdade de conformação do legislador, e de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional, enfatiza que "continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição sirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15). O que se deve apreender da noção de Constituição dirigente "é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas". Compreendendo-se certo grau de dirigismo da Constituição, é necessário haver o "cumprimento dos preceitos e princípios insíntos aos Direitos Fundamentais-Sociais e ao núcleo político do Estado Social imanente ao paradigma do Estado Democrático de Direito" (STRECK, Lênio. **Teoria da constituição e jurisdição constitucional**. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 40).

²⁶ Insistimos: também todos os demais Poderes e órgãos do Estado.

²⁷ PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 106-107.

interpretação *sistemática* dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988 (o *novo marco teórico* que referimos inicialmente), há também *novos paradigmas* influentes *também* (ao que interesse precipuamente aqui) em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos *integrals* do sistema garantista.

Com efeito, e na linha do que já foi dito, têm-se encontrado reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais em que há simples *referência* aos ditames do *garantismo (penal)* ou da *doutrina de garantias*, sem que se veja nelas a assimilação, na essência, de qual a extensão e quais os critérios da aplicação das bases teóricas invocadas. Em muitas situações, ainda, como já anunciamos, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (*quicá* pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos, em nossa crítica, que se tem difundido um *garantismo penal* unicamente *monocular*: Evidencia-se desproporcionalmente e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados.

De relevo o que diz Perfecto Andrés Ibáñez, para quem se deve analisar a existência atualmente de um "*garantismo dinámico, que es el que trasciende el marco de o proceso penal y también el de la mera garantía individual de carácter reactivo para ampliarse al aseguramiento de otros derechos e de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio*". Prossegue apontando que se deve buscar uma estratégia

baseada no respeito das regras constitucionais do jogo em matéria penal e processual penal e, de forma geral, no estabelecimento de um regime de garantias para a *totalidade dos direitos fundamentais* como um modo de sedimentar a democracia²⁸.

Miguel Carbonell é mais incisivo e objetivo ao defender que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli apresenta-se como um *paradigma inacabado*, como uma *obra no meio do caminho*, carente de complementação e devida compreensão²⁹.

De certa forma Ferrajoli parece aceitar (nota dos verdadeiros mestres) a crítica construtiva de Carbonell ao admitir expressamente que *"el paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos y en ámbito internacional y nó solo estatal"*³⁰.

A teoria do garantismo defendida por Luigi Ferrajoli é originária de um movimento do uso (alternativo) do direito nascido na Itália nos anos setenta por intermédio de juizes do grupo Magistratura Democrática (dentre eles Ferrajoli)³¹, sendo uma consequência da evolução histórica dos direitos da humanidade, que, hodiernamente, considera o acusado *não* como objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-

²⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 60.

²⁹ CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p.171.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006. p. 113.

³¹ Vide também ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 60.

lo, em qualquer fase do processo (investigatório ou propriamente punitivo). Segundo a fórmula garantista, na **produção** das leis (e também nas suas interpretações e aplicações), seus conteúdos materiais devem ser vinculados a princípios e valores estampados nas constituições dos estados democráticos em que vigorem.

É dizer: *todos* os direitos fundamentais equivalem a *vínculos de substância*, que, por sua vez, *condicionam a validade da essência das normas* produzidas (e *também nas suas interpretações e aplicações*), expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito³².

Na construção do mestre italiano, nunca é demais realçar, as *garantias* são verdadeiras técnicas insertas no ordenamento que têm por finalidade reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, possibilitando, assim, uma máxima eficácia dos direitos fundamentais (mas de *todos os grupos* de direitos fundamentais) segundo determinado pela Constituição³³.

Parece bastante simples constatar que a *teoria do garantismo* se traduz numa tutela daqueles valores e/ou dos direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante sob a ótica (aqui) do Direito Penal. Vale dizer: quer-se estabelecer uma *imunidade* – e *não im(p)unidade* – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e *também a proteção dos interesses individuais e coletivos*³⁴.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 152.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 25.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 271.

Assim, se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão –, especialmente é o Poder Judiciário quem tem o dever de dar garantia *também* aos cidadãos (*sem descuidar da necessária proteção dos interesses sociais e coletivos*) diante das eventuais violações que eles vierem a sofrer. É exatamente por isso que Miguel Carbonell refere que "*en el modelo del Estado social los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de caracter social*"³⁵.

Em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a *eficiência e segurança*.

Nesse momento do silogismo, é digno de nota que, *também* como imperativo constitucional (art. 144, *caput*, CF), o dever de garantir *segurança* (que se desdobra em direitos *subjetivos individuais e coletivos*)³⁶ não está em apenas *evitar* condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na *devida apuração* (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável. Nesse diapasão, calham ao caso novamente as considerações de Miguel Carbonell, quando assenta que "*la obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos*

³⁵ CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 179.

³⁶ A propósito do tema, remetemos ao texto de nossa autoria (posterior à primeira edição do presente livro) denominado *A efetividade democrática do direito fundamental à segurança e os postulados garantistas*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). *Direito à Democracia - Ensaios Transdisciplinares*. 1 ed. São Paulo: Editora Modelo, 2011, v. 1, p. 173-196.

violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones [...], sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho"³⁷.

Efetivamente não se pode esquecer que a segurança (*lato sensu*) é ínsita e imanente a um Estado calcado nas mais democráticas e sociais regras dirigentes (como também se apresenta o ordenamento brasileiro). Aliás, percucientemente observa Baltazar Júnior que "o *dever estatal de garantir a segurança dos cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado*"³⁸. De forma brilhante, diz-nos ainda o culto magistrado federal Baltazar Júnior que "*segurança e liberdade, vistos como princípios, podem entrar em colisão, pois quanto maior a vigilância e menor a liberdade, maior a segurança. Ao contrário, quanto maior o grau de liberdade, maiores os riscos e menor a segurança. Com isso não se afirma que segurança e liberdade sejam incompatíveis, mas que terá que ser buscada entre ambos a concordância prática em casos concretos, de modo a conferir a máxima eficácia possível a ambos*"³⁹.

Exatamente por isso é que compreendemos que o processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da *prevenção geral positiva*, garantir a segurança e convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento jurídico.

³⁷ CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 194.

³⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189.

³⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op.cit., p. 205.

Analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais, Gilmar Mendes reconheceu (com acerto, para nós) que *"os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental [...]"*⁴⁰.

Nessa mesma linha são as percucientes observações de Bernal Pulido, quando destaca que *"la cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. [...] De este modo, junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de "deberes de protección" [dizemos nós: de proteção ótima] que encarnan en*

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Também em Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 8, 2004, p. 131-142.

*conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan*⁴¹.

Na sequência de sua doutrina, destacando que “*el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros*”, enfatiza que “[...] *La segunda variante del principio de proporcionalidad, que también se aplica para controlar la constitucionalidad de la legislación penal, pero desde el punto de vista de la satisfacción y las exigencias impuestas por los derechos de protección, es la prohibición de protección deficiente. En esta variante, el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos e principios que juegen en sentido contrario. El carácter prima facie de estos derechos implica que las intervenciones del legislador de las que sean objeto sólo puedan ser constitucionalmente admisibles y válidas de manera definitiva se observan las exigencias del principio de proporcionalidad. La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el Untermassverbot) de la doctrina alemana. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones*

⁴¹ BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p.126.

de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue prima facie la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. Esta prohibición se compone de los siguientes subprincipios. Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima vulnera las exigencias de principio de idoneidad cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. [...] Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención y otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección. [...] Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo (la no-intervención de la libertad) es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección. Si se adopta la escala triádica expuesta con ocasión de la interdicción del exceso, se concluirá entonces que, según la prohibición de protección deficiente, está prohibido que la intensidad en que no se garantiza un derecho de protección sea intensa y que la magnitud de la no-intervención en la libertad o en otro derecho de defensa sea leve o media, o que la

*intensidad de la no-protección sea media y la no-intervención sea leve. [...]”*⁴².

Denominado de *garantismo positivo* (que, para nós, é indubitável ser aplicado *também* nas searas penal e processual penal), esse *dever de proteção* (no qual se inclui a *segurança dos cidadãos*) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos. Admitamos: o assunto não é novo, embora na grande maioria das vezes não invocadas essas premissas e realizado o silogismo por esse prisma.

Ratificamos nossa compreensão⁴³ no sentido de que, embora construídos por premissas diversas, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso – *Übermassverbot* – e da deficiência – *untermassverbot* – é *proporcional*) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o *equilíbrio* na proteção de *todos* (individuais ou coletivos) os *direitos e deveres* fundamentais expressos na Carta Maior.

4 ALGUNS EXEMPLOS DE FRAGMENTAÇÃO DA TEORIA GARANTISTA

Não há como enfrentar tantas situações que, ao menos para nós, se têm revelado como comprovações do que aqui defendido. A exemplificação pode ser, pelo menos, complementar e, de certa forma,

⁴² BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 139-142.

⁴³ FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 29 jul 2014.

quicá elucidativa do que pretendido explicitar no presente e modesto estudo.

4.1 POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE O MINISTÉRIO PÚBLICO REALIZAR PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS

Há muitos questionamentos acerca da legitimidade de o Ministério Público poder, eventualmente, realizar *procedimentos investigatórios*. Sim, não negamos, o tema é bastante espinhoso, sem dúvidas. Mas o que importa para o *debate dialético* é que há certa propagação por meras *repetições* que a admissão de tal circunstância violaria o *sistema acusatório*, bem como se revelaria incompatível com o ordenamento constitucional vigente e com os *paradigmas garantistas*. Respeitosamente, não nos parece a melhor compreensão. Primeiro, porque não há incompatibilidade alguma entre o sistema acusatório com a circunstância de o Ministério Público *eventualmente* proceder à coleta de provas⁴⁴. Em segundo lugar, porque, como se vê das suas *próprias palavras*⁴⁵, Ferrajoli defende abertamente que, muitas vezes, é evidente que as investigações da Polícia devem ser efetuadas em segredo, sob a *direção* da acusação pública, mas isso significa apenas que não devem as provas ser realizadas pelo juiz⁴⁶. É o que deflui do oitavo princípio, o princípio acusatório ou da separação do juiz e da acusação. Aliás, foi o que disse de modo hialino e expresso o próprio Ferrajoli em palestra

⁴⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 466.

⁴⁵ Entendemos que a realidade jurídica da Itália, que tem suas peculiaridades, em nada altera a conclusão e aplicação das premissas no âmbito jurídico brasileiro.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 621. No mesmo sentido, confira-se FONSECA, Mauro de Andrade. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 116.

proferida no ano de 2007 em Porto Alegre-RS. Ao ser indagado acerca dos poderes investigatórios do Ministério Público, foi explícito o mestre italiano no sentido de que o Órgão Ministerial **deve** investigar, mas, no exercício de seu mister (o que é óbvio), está vinculado aos preceitos fundamentais garantistas insertos na Constituição quando realizar atos de investigação⁴⁷. Nada mais.

A questão que se põe, então, é que se revela totalmente equivocado arguir os postulados garantistas como forma de defender a impossibilidade de investigação pelo Ministério Público. Não há dúvidas que se pode defender, por outros fundamentos, a ausência de tal possibilidade. Entretanto, o espaço não comporta maiores digressões, apenas reafirmamos que, pós a rejeição (quase por unanimidade, fato histórico) da (denominada) PEC 37 pelo Congresso Nacional brasileiro, parece bem sedimentada a ideia de que, mediante o devido processo legal, as investigações sejam realizadas (*quando necessário*) também pelo Ministério Público⁴⁸.

4.2 LIMITAÇÃO AO PRAZO DE 30 DIAS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

⁴⁷ Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2007, com tradução de Sandra Dall'Onder.

⁴⁸ Sobre o tema do *poder investigatório*, remetemos a estudo de nossa autoria mais detalhado:

FISCHER, Douglas. **Investigação pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade**. In: Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanchez Cunha e Pedro Taques. (Org.). Limites Constitucionais da Investigação. 1ª ed. São Paulo: RT Editora, 2009, v. 1.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 2014. 6ed. São Paulo:Atlas.

Também se encontram posicionamentos doutrinários defendendo que, por um prisma *garantista*, interceptações telefônicas não poderiam ultrapassar o prazo de 30 dias (15 dias + 15 dias)⁴⁹.

Primeiramente, há se convir que, se mantido o entendimento de que seria apenas possível uma prorrogação das interceptações telefônicas, somente se garantiria a possibilidade de investigação por 30 dias mediante a interceptação telefônica. Passado o lapso temporal matemático, conferir-se-ia verdadeira imunidade aos delinquentes para continuarem na senda dos crimes. Não é porque o entendimento a respeito da possibilidade de ser ultrapassado o prazo encontra guarida no STF ⁵⁰ e, atualmente, também no STJ ⁵¹ que se deva entender como correta a posição. É que, efetivamente, não há como se fazer uma *interpretação* meramente literal do dispositivo de lei. Se é verdade que o *Estado* não pode agir com excessos *injustificados* em detrimento do cidadão (*Übermassverbot*, segundo expressão de Canaris – ou também hodiernamente denominado de *garantismo negativo*), não menos correto que deva agir proporcionalmente para a proteção da coletividade em razão de práticas delitivas por quaisquer que sejam seus agentes

⁴⁹ A propósito, vide SILVA JÚNIOR, Décio Lins e. ½ Calabreza, ½ Garantia fundamental. *Boletim IBCCrim*, n. 194, jan. 2009. E também nossa crítica a esse posicionamento no texto "*Não há direito fundamental à impunidade - Algumas considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas*". *Revista Internacional Direito e Cidadania*, v. 4, p. 1-1, 2009.

⁵⁰ V.g. RHC n. 88.731-SP, Plenário, unânime, publicado no DJ de 2.2.2007; Inquérito n. 2.424/RJ, Rel. Ministro Cezar Peluso, Plenário, julgado em 26.11.2008, publicado no DJ em 26.3.2010.

⁵¹ V.g., Habeas Corpus nº 121.212-RJ, 6ª Turma, unânime, Relator Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 14.02.2012, publicado no DJ em 05.03.2012; Habeas Corpus nº 105.725-SP, 5ª Turma, unânime, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 1º.12.2011, publicado no DJ em 1º.2.2012; Habeas Corpus nº 131.441-MT, 6ª Turma, unânime, Relator Ministro Haroldo Rodrigues, julgado em 4.8.2011, publicado no DJ em 24.8.2011.

(*Untermassverbot*). Compreendemos que a interpretação (sistêmica e não meramente *literal*) ratificada pelo STF acerca da possibilidade de ser ultrapassado o prazo de 30 dias nas interceptações telefônicas, desde que necessárias e fundamentadas as ordens judiciais que as autorizam, e da desnecessidade de degravação de todas as interceptações coadunam-se com os princípios basilares da Carta da República e não arrostam, por si só, *abstratamente*, direitos fundamentais individuais. Se os direitos fundamentais dos investigados devem ser preservados, insistimos que eles *não são* absolutos. Podem ser relativizados se presente(s) no caso concreto outro(s) valor(es) constitucional(ais) relevante(s) em sopesamento.

4.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DE PENAS NA PENDÊNCIA DE RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. A IMPUNIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM RAZÃO DA INTERPRETAÇÃO ISOLADA (TÓPICA), E NÃO SISTÊMICA, QUE VEM SENDO CONFERIDA AO TEMA PELOS TRIBUNAIS.

Em decisão proferida no dia 5.2.2009, no julgamento do HC n. 84.078, por maioria de votos (7x4, vencidos os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Menezes Direito), o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu inviável a execução de pena antes de exauridas todas as instâncias, inclusive as extraordinárias (salvo se houver necessidade de prisão de índole cautelar), partindo-se da premissa central de que a Constituição estabelece uma garantia fundamental de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Malgrado o entendimento firmado pela Corte Suprema, e com todas as *vênias*, continuamos entendendo ⁵² que a execução das penas privativas de liberdade na pendência de recursos de natureza extraordinária (extraordinário e especial) não ofende o princípio da inocência, insculpido constitucionalmente. Em nossa compreensão inicial, o (respeitosamente) equívoco do STF decorreu do fato de fazer uma leitura isolada – quiçá textual – do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Uma observação relevante: a análise aqui desenvolvida dar-se-á apenas pelo prisma ora proposto, sendo de relevo destacar que, em percuente trabalho analítico também constante da obra "Garantismo Penal Integral", antes referida, as ilustres procuradoras regionais da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Mônica Nicida Garcia, com Fábio Gusman, demonstram de forma hialina que, à luz do direito comparado (cujos ordenamentos possuem as mesmas bases constitucionais da existente no Brasil), não há violação a direitos fundamentais de réus processados e condenados à exigibilidade de cumprimento das penas na pendência de recursos extremos.

Com efeito, em sede de recurso extraordinário, como primeira premissa, não mais se discute *culpa* ou *inocência* do agente criminoso já condenado pelas instâncias competentes, mas sim eventual afronta à Constituição nas situações bastante restritas nela prevista. Na exata dicção do julgado na Questão de Ordem no AI n. 664.567-2-RS (em que foram traçados os parâmetros fundamentais do tratamento referente à *repercussão geral*), o recurso extraordinário “busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição”.

Segundo, concordando-se ou não com tais premissas, o Supremo Tribunal Federal tem assentado que, também para fins de

⁵² FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014 (item 637.1.1).

admissibilidade, a afronta deve ser direta e não reflexa (o que invariavelmente - ou quase à unanimidade - é tida por reflexa, pelo modo que vem sendo interpretado tal requisito pelo próprio Supremo Tribunal Federal⁵³).

Em terceiro lugar, reforçado agora pela exigência da demonstração da repercussão geral, não cabe mais falar em possibilidade de interposição do recurso extraordinário para discussão de questões meramente individuais da parte envolvida na demanda criminal. E não podemos deixar de admitir que a grande maioria das questões se debruça sobre especificidades do caso concreto posto a julgamento.

Em quarto lugar, em situações excepcionais em que se demonstrar a flagrante violação pela decisão colegiada de direitos fundamentais individuais que não possam ser reparados *prontamente* em sede de recursos extraordinários, há sempre (o que sempre se

⁵³ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA REFLEXA. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 723.167-4/RS, 2ª Turma, unânime, j. em 30.9.2008, publicado no *DJ* de 7.11.2008).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. REAPRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.

2. Nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, as alegações de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, entre outros, configuram ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal e, por isso, não abrem passagem ao recurso extraordinário.

3. Não é possível, em sede de recurso extraordinário, reexaminar fatos e provas a teor do que dispõe a Súmula n. 279/STF.

4. Agravo a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 603.952-5/SP, 1ª Turma, unânime, j. em 13.5.2008, publicado no *DJ* de 27.6.2008).

olvida) a possibilidade de concessão de efeito suspensivo às irresignações⁵⁴, desde que comprovados "o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário no tribunal de origem, a viabilidade processual do recurso extraordinário devido à presença dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos do referido recurso, a plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida no recurso extraordinário e a comprovação da urgência da pretensão cautelar (Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Cautelar n. 1.494-4/RS, rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, unânime, j. em 24.6.2008, publicado no DJ de 22.8.2008).

Portanto, fácil se ver que há possibilidade – nos casos excepcionais – de obstar o cumprimento imediato da pena imposta (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), resguardando-se os direitos fundamentais individuais do réu processado *no caso concreto*.

Quinto – e talvez mais relevante em nossa concepção –, porque, como muito bem destacado no mesmo precedente *leading case* acerca da repercussão geral, “para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de

⁵⁴ MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. APELO RARO ADMITIDO NA ORIGEM. DISPENSA DE FORMALIDADE EM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ÓRGÃO PÚBLICO. PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRO GRAU E CONDENADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL A PENA RESTRITIVA DE DIREITO E MULTA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. ART. 147 DA LEI 7.210/84 (LEP). MEDIDA CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE.

1. Em casos excepcionais, em que a execução provisória da pena possa causar lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente, a jurisprudência desta Corte vem aceitando o ajuizamento de Ação Cautelar Inominada destinada a dar efeito suspensivo ao Recurso Excepcional, nas hipóteses em que presentes os requisitos autorizadores da medida (*periculum in mora e fumus boni iuris*).

2. No caso em apreço, além de já ter sido processado e admitido o Recurso Especial, ao qual se pretende atribuir o almejado efeito suspensivo, a questão objeto de impugnação, qual seja, a necessidade de efetiva existência de prejuízo patrimonial ao Órgão Público, por força de dispensa de formalidade em procedimento licitatório, merece ser melhor apreciada por esta Corte [...].

4. Medida Cautelar julgada procedente. (Medida Cautelar n. 13.219/RS, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, unânime, j. em 3.6.2008, publicado no DJ de 4.8.2008).

locomoção – por remotas que sejam –, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII)”.

É dizer: por uma interpretação sistêmica dos instrumentos constitucionais existentes para a proteção dos interesses individuais dos réus-processados, garante-se a utilização do *habeas corpus*, meio muito mais amplo e apto (eficaz) a proteger de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível os direitos individuais fundamentais eventualmente violados dos réus-condenados.

Mais: a cognição admitida em sede de *habeas corpus* é até mais ampla do que aquela admitida no âmbito das restritas hipóteses dos recursos extraordinários, mormente agora em que é exigida para esse (mas não para o *writ*) a demonstração da repercussão geral.

A propósito, esse raciocínio, desenvolvido mais detalhadamente em outra oportunidade⁵⁵, foi acolhido como argumento a mais pelo ministro Menezes Direito, que, ao proferir seu voto no julgamento do HC n. 84.078, firmou entendimento no sentido de que a execução da pena na pendência de recursos extraordinários não importaria em malferimento ao princípio constitucional de inocência.

Assim, se viável a execução das penas privativas de liberdade, não há empeco lógico-sistêmico para também se permitir a execução imediata das *penas restritivas de direito*.

Mantida a interpretação que conferida hoje, basta analisar as centenas e milhares de recursos meramente procrastinatórios (sim, há alguns casos, poucos, em que há fundamentos plausíveis para a recorribilidade) interpostos com a única finalidade de permitir o

⁵⁵ FISCHER, Douglas. **A execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição**. Revista de Direito Público, v. 25, p. 7-30, 2009. Também publicado na Revista de Interesse Público, n. 47, mar. 2008 e no Boletim dos Procuradores da República, n. 79, mar. 2008, p. 16-24.

reconhecimento da prescrição, ou intercorrente ou da pretensão executória.

Aliás, nesse tema, uma das maiores incongruências sistêmicas que se vê da interpretação jurídica.

Como pode se ver de decisões bem atuais, tanto o STF como o STJ ⁵⁶ vêm reconhecendo a impossibilidade da execução da pena enquanto não transitar em julgado a sentença final, mas a possibilidade da fluência do prazo da prescrição da pretensão executória quando *transitar em julgado apenas para o Ministério Público*.

Numa síntese inicial da interpretação *monocular*: começa a correr o prazo prescricional da pretensão executória, mas não pode haver a execução da pena. Coisas de interpretação em *terrae brasilis*, como nos alerta Lênio Streck em algumas oportunidades.

⁵⁶ [...] TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA 83/STJ. 1. Nos termos do que dispõe expressamente o art. 112, inciso I, do Código Penal, conquanto seja necessária a sentença condenatória definitiva, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado para a acusação. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (*AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 487.166-DF, STJ, 5ª Turma, unânime, julgado em 10.6.2014, publicado no DJ em 18.6.2014*)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. ARTIGOS 110 E 112 DO CÓDIGO PENAL. MARCO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL. 1. A prescrição regula-se pela pena aplicada depois de proferida a sentença condenatória, sendo que, cuidando-se de execução da pena, o lapso prescricional flui do dia em que transitado em julgado para a acusação, conforme previsto no artigo 112 combinado com o artigo 110 do Código Penal. Precedentes: HC 113.715, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28/5/2013, HC 110.133, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/4/2012, ARE 758.903, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 24/9/2013. 2. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL DO PRAZO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO.” 3. Agravo regimental desprovido. (*Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 764.385-DF, STF, 1ª Turma, unânime, julgado em 13.5.2014, publicado no DJ em 29.5.2014*)

Com efeito, e na linha do que já ponderamos mais detalhadamente na companhia de Eugênio Pacelli⁵⁷

[...] A Corte Suprema entendeu, no julgamento do HC no 84.078-MG, que seria impossível se cogitar a denominada *execução de pena* na pendência de recursos de natureza extraordinária, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade ou então da inocência.

Partindo-se das premissas assentadas pela Corte Suprema, imperioso que se dê nova roupagem à compreensão da questão do modo de cálculo da prescrição, especificamente da intercorrente e da executória. Atualmente, tem-se visto manifestações (sobretudo defensivas) no sentido do acolhimento da prescrição sob o fundamento de que o prazo prescricional deveria ser apurado entre a data da sentença (ou acórdão) condenatória e a do trânsito em julgado (apenas) para a acusação.

Não temos dúvidas em assentar que o acolhimento de tais *postulações* seria o *sepultamento* de toda efetiva (até então) persecução penal.

Com efeito, a partir do julgamento do referido *leading case*, deve-se fazer – inevitavelmente – uma *nova* leitura *também* do modo de contagem da prescrição.

A interpretação *não* pode ser *unilateral* ou *isolada*. Como alerta prudentemente Canaris, os pensamentos tópico e sistemático não se isolam um frente ao outro, mas se interpenetram mutuamente (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 273). De certa forma, é o mesmo recomendado por Edgar Morin ao referir que “*hoje em dia admite-se cada vez mais que [...] o conhecimento das partes depende do conhecimento do todo, como o conhecimento do todo depende do conhecimento das partes. Por isso, em várias frentes do conhecimento, nasce uma concepção sistêmica, onde o todo não é redutível às partes*” (MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 88). Também Eros Grau já falava em *doutrina* que “*a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços*” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40).

Portanto, é preciso se ver na *Íntegra* quais os efeitos que foram irradiados inclusive sobre a legislação

⁵⁷ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, fls. 1389-1391 (item 637.2).

infraconstitucional diante da *nova* leitura conferida pela Corte Suprema à questão da (im)possibilidade da execução de pena na pendência dos recursos de natureza extraordinária.

Nosso Código Penal, em vigência contemporânea com o CPP de 1941, somente se referiu ao prazo prescricional no âmbito da jurisdição ordinária, não contemplando, ao seu tempo, sequer a interrupção da prescrição pelo acórdão condenatório. A razão é (era) muito simples: a legislação em vigor determinava a execução provisória da condenação (até) em primeiro grau, somente admitindo a liberdade em circunstâncias especiais (antiga e originária redação do art. 594, CPP, hoje revogado expressamente, mas de incontestável inconstitucionalidade após 1988). Por isso, sequer os novos ares constitucionais poderiam *fracionar a lógica* da legislação prescricional, embora possa e deva tê-lo feito (nova interpretação) em relação às prisões cautelares, caso específico da vedação, como regra, da execução provisória. O que não se pode é dar interpretação conforme (a Constituição) *unicamente* em relação ao estatuto processual penal, olvidando-se por inteiro as determinações do Código Penal, originárias e umbilicalmente conectadas e dependentes daquelas cujo sentido se modificou.

Mais. Na legislação infraconstitucional há previsão no inciso IV do art. 117 do CP de que haveria a interrupção da prescrição *“pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”*.

Como já ponderado (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Manual de direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012), antes da decisão paradigmática do STF, tinha-se em síntese que: “a) se o réu fosse condenado em primeiro grau, a prolação da sentença interrompia a prescrição. Mantida a condenação em segundo grau, *teria início imediatamente a sua execução da condenação*, não mais se falando em prescrição da pretensão punitiva e, sim, da prescrição *executória*; b) se ele era absolvido em primeiro grau e condenado em segundo, essa (última condenação, embora rigorosamente não *interrompesse a prescrição, ela*, do mesmo modo, *já autorizava o início da execução da pena*, não mais se podendo falar em prescrição da pretensão punitiva, e, sim, da *executória*”.

Portanto, a decisão tomada pela Corte Suprema no *Habeas Corpus* no 84.078-MG implica *necessariamente* uma alteração essencial na *interpretação* do direito infraconstitucional.

Com efeito, antes da edição do precedente mencionado, como o acórdão de segundo grau era cumprido imediatamente, sem necessidade do trânsito em julgado, desnecessário constar na legislação que o acórdão geraria o efeito de interrupção da prescrição, já que este seria imediatamente executado. Esta é a razão lógica e histórica (e que ora não pode ser olvidada) pela qual o Código Penal

de 1941 não fez qualquer alusão ao fato de a decisão de segundo grau *também interromper* a prescrição, limitando-se a se referir à *sentença condenatória* (claro que idêntico efeito interruptivo *já* vinha sendo atribuído ao acórdão quando ele fosse condenatório diante de uma sentença absolutória).

Não há se esquecer, ainda, como destacado na mesma obra supramencionada, “que a Lei n. 11.596/2007 modificou o art. 117, CP, nele inserindo o *acórdão de segundo grau* como causa interruptiva da prescrição. Embora não se tenha dito na lei que a alteração legal não fazia distinção entre a decisão *confirmatória* da condenação de primeiro grau e aquela que, modificando a absolvição na sentença, condenasse o acusado, o fato é que a própria Exposição de Motivos da citada lei não deixa dúvidas quanto ao propósito da nova legislação. Ou seja: o legislador deixa claro ser aquele o fundamento e a justificação da alteração legislativa”.

Além disso, em se tratando de prescrição *executória* (o mesmo raciocínio se aplica para a *intercorrente*) a leitura do art. 112, I, CP, inarredavelmente necessita ser harmonizado com a *novel* compreensão sobre a execução das penas não definitivas em graus recursais extraordinários.

É preciso dizer de modo bem claro que a questão não gira em torno de se buscar uma interpretação que seria mais ou menos favorável a esta ou aquela pretensão no processo (acusação e defesa). Não se cuida, com efeito, de leitura menos ou mais favorável, na linha do *in dubio pro reo*. Nada disso. Cuida-se, muito ao contrário, de harmonizar as disposições legais do Código Penal que *determinaram as escolhas do processo penal*, o que exige a Contextualização histórica dos aludidos Códigos. Não se está *criando* nova causa de suspensão da prescrição, e sim conferindo (também) uma (nova) interpretação da expressão “trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação” constante do artigo 112, inciso I, do Código Penal.

Em síntese, a questão não deixa de ser decorrente da *lógica* da melhor compreensão sistêmica vigente: se a execução somente pode ser feita após o julgamento de todos os recursos (porque antes não há *nada* que possa ser executado), a prescrição, inexoravelmente, somente começará a correr do trânsito em julgado para *ambas* as partes. Do contrário, teríamos a situação (esdrúxula, para dizer o menos) de prazo prescricional fluindo de título que sequer seja exequível (vide considerações mais detalhadas em Fischer, Douglas; “A prescrição da pretensão executória penal em face do que decidido pelo STF no HC no 84.078-MG.” In: PAULSEN, Leandro (Org.). *Repercussão geral no recurso extraordinário*: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 1, p. 237-257).”

Com o máximo respeito, eis aí outra demonstração de uma visão *não-sistêmica* na interpretação e aplicação de todos os postulados garantistas, em que se está impondo uma leitura unicamente monocular, com prevalência (desproporcional e irracional, sob a ótica jurídico-sistêmica) exclusivamente dos direitos individuais de primeira geração, gerando uma impunidade calamitosa e, conseqüentemente, uma desproteção dos demais direitos fundamentais estampados na Constituição da República.

5 CONCLUSÕES

Ferrajoli entende que não é possível falar com decência de democracia, igualdade, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos se não levamos (na íntegra) finalmente a sério – *segundo a fórmula de Dworkin* – a Declaração Universal dos Direitos da ONU de 1948 e os Pactos sobre os Direitos de 1966⁵⁸.

Acorrendo-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁹ (que serviu de paradigma para muitos dispositivos de nossa Carta Constitucional), fácil visualizar que há obrigatoriedade de proteção a direitos individuais e coletivos e que seja considerada a existência também de deveres fundamentais (exemplificativamente, vide artigos III, X, XI e XXIV).

Diante do exposto, não concordamos com as posições doutrinárias e os entendimentos jurisprudenciais que (mesmo sem explicitamente reconhecer) interpretam que o *garantismo* importe a

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 31.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 29 jul 2014.

prevalência indiscriminada *somente* de direitos fundamentais *individuais* sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, sem sopesação alguma e, sobretudo, diante de interpretações lítero-gramaticais e acorrendo a verdadeiros *argumentos de autoridade* (e não "*autoridade dos argumentos*") como forma de justificar a decisão tomada.

Há muito adverte García de Enterría⁶⁰ que o juiz constitucional (entendemos nós, todos os juízes, mormente no Brasil, em que se permite a "filtragem difusa"), ao decidir o caso concreto, não pode perder de vista, em momento algum, as consequências práticas da decisão que tomar e que certas sentenças têm efeitos vinculantes gerais ou com força de lei. Essas sentenças podem ocasionar catástrofes não apenas para o caso concreto, mas para outros inúmeros casos, e, quando tais sentenças são politicamente inexatas ou falsas (no sentido de que arruinam as tarefas políticas legítimas de administração do Estado e de efetiva proteção dos interesses individuais e coletivos), a lesão pode alcançar toda a comunidade. Encerra com assertiva incisiva, porém correta, ao menos para nós: "el Tribunal Constitucional [dizemos nós: todos os tribunais] no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones".

Em síntese, do *garantismo integral* decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 179, 180 e 183.

incurrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de *garantismo monocular*: evidencia-se desproporcionalmente e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, *não é e nunca foi* o propósito único do *garantismo integral*.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro.

Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição sirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: **teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

_____. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

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

_____. A execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. **Revista de Direito Público**, v. 25, p. 7-30, 2009. Também publicado na Revista de Interesse Público, n. 47, mar. 2008 e no Boletim dos Procuradores da República, n. 79, mar. 2008.

_____. **A efetividade democrática do direito fundamental à segurança e os postulados garantistas**. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V.. (Org.). **Direito à Democracia - Ensaio Transdisciplinares**. 1 ed. São Paulo: Editora Modelo, 2011.

_____. Não há direito fundamental à impunidade - Algumas considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas". **Revista Internacional Direito e Cidadania**, v. 4, p. 1-1, 2009.

_____. **Investigação pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade.** In: Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanchez Cunha e Pedro Taques. (Org.). Limites Constitucionais da Investigação. 1ed.São Paulo: RT Editora, 2009, v. 1.

_____. **A prescrição da pretensão executória penal em face do que decidido pelo STF no HC no 84.078-MG.** In: PAULSEN, Leandro (Org.). Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 1, p. 237-257.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional.** 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales.** In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Fórum, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MARTÍ MÁRMOL, José Luis. **El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales.** In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Direito Fiscal**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y garantismo**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005

_____. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SILVA JÚNIOR, Décio Lins e. ½ Calabreza, ½ Garantia fundamental. **Boletim IBCCrim**, n. 194, jan. 2009.

STRECK, Lênio. **Teoria da constituição e jurisdição constitucional**. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional.