

O Garantismo Penal Integral: Enfim, uma Proposta de Revisão do Fetiche Individualista

Vlamiir Costa Magalhães

Juiz Federal no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Pós-graduado em Regulação e Direito Público da Economia pela Universidade de Coimbra/Portugal e pela EMARF - Escola da Magistratura Regional Federal/RJ.

“a Justiça é dura com os pequenos delinquentes porque é mais fácil para a Magistratura proceder contra eles do que se situar contra os poderes fortes.”¹

Ao referir-se ao movimento iluminista e seus efeitos no campo penal, SCHÜNEMANN² o denominou como o “Big Bang intelectual” que permitiu ao homem sair de sua culpável imaturidade.

¹ A afirmação transcrita acima constitui um trecho de um comentário feito por Luigi Ferrajoli acerca do entrelaçamento entre criminalidade, política e Poder Judiciário. Cf. artigo publicado no jornal *El País*, em 27.11.1990, p. 28, *apud* GOMES, Luiz Flávio. “Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 168.

² SCHÜNEMANN, Bernd. “O direito penal é a última *ratio* da proteção de bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal”. *Revista Bra-*

O fundamento de tal afirmação foi a então almejada busca de legitimação do sistema punitivo por meio da limitação do Estado em prol da máxima liberdade individual. Contextualmente, desde o fim da era feudal e durante os primórdios do liberalismo, a organização do Estado assentou-se na tese rousseauiana³ acerca da existência de uma espécie de contrato social pressuposto, mediante o qual cada indivíduo cederia parcela de sua autonomia em prol da viabilidade da convivência em sociedade, que seria garantida pela autoridade estatal, detentora, em caráter monopolístico, de potencial punitivo para controle de atividades nocivas aos interesses comunitários.

Destarte, segundo a doutrina do pacto ou contrato social, os indivíduos deixariam seu estado de natureza e passariam a viver, vantajosamente, em estado de sociedade. Isto se daria tão somente com o fim de viabilizar a manutenção da liberdade inerente ao estado de natureza mediante limitação da vontade individual pelas regras ditadas pela vontade majoritária (*pactum societatis*)⁴. Fulcrado nessas premissas, Beccaria construiu os argumentos que, mais tarde, viriam a constituir a base de diversos valores arraigados no discurso criminal da atualidade. Refiro-me, especialmente, à proteção de bens jurídicos individuais como finalidade única do Direito Penal e à preservação do princípio da intervenção penal

sileira de Ciências Criminais. Número 53. Ano 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2005, p. 13.

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁴ Sobre o tema, confira-se o dizer de BARATTA, *verbis*: “A base da justiça humana é, para Beccaria, a utilidade comum; mas a idéia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado. Foi, pois, a necessidade que constrangeu a ceder parte da própria liberdade; é certo que ninguém quer colocar senão a menor porção possível dela em depósito público, só o suficiente para induzir os demais a defendê-lo. A soma destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato e não direito.” BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. 3ª edição. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 33.

mínima e seus consectários (fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal).

Na visão de Beccaria, somente a necessidade de um suporte coletivo para alcançar felicidade e vida digna levou os indivíduos a abrirem mão de parcela de sua liberdade. Ainda assim, isso se daria apenas na medida mínima imprescindível à preservação dos valores sociais mais relevantes, conjuntamente denominados por ele de “depósito de salvação pública”. Este seria, portanto, o fundamento legitimador do poder punitivo estatal⁵.

Costuma-se atribuir a denominação de Direito Penal liberal a este modelo de estruturação do ordenamento penal vislumbrado a partir do período iluminista, sendo inafastável sua vinculação à concepção política, econômica e social vigente à época⁶. Ocorre que o Direito Penal hodierno tem, sob sua indelegável responsabilidade, a tutela de novos valores e interesses jurídicos decorrentes do mundo contemporâneo, em especial os titulados pela coletividade, sendo destacáveis, dentre estes, os ligados à ordem constitucional econômico-social.

O núcleo do Direito Penal Econômico (protetor da ordem econômico-social constitucionalmente estabelecida)⁷ está repleto

⁵ A então nascente classe burguesa tratou de deturpar esta idéia e fazer valer seu poder econômico com vistas à defesa de seus principais interesses (liberdade e propriedade), manipulando, pelos instrumentos políticos de que dispunha, o direcionamento do sistema punitivo estatal cujo foco foi então voltado para a proteção dos meios de produção (posse e domínio de bens móveis e imóveis). Com a eclosão da Revolução Industrial, a opressão da imensa massa de trabalhadores trouxe concomitantemente a necessidade do controle de sua reação em face da classe dominante e das próprias estruturas ligadas ao sistema capitalista, o que reforçou a tendência de uso classista do sistema penal. Destarte, toda a engrenagem institucional e normativa de índole penal-repressiva foi arquitetada visando à proteção da propriedade privada e dos valores a ela ligados, sendo fácil concluir que, de início, os clientes preferenciais dos estabelecimentos prisionais foram pinçados aos montes em meio às camadas mais pobres da população. Sobre as raízes e atualidades da utilização do Direito Penal como mecanismo de controle da classe economicamente miserável, confira-se por todos: DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

⁶ MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 43/44 e 57.

⁷ A ordem econômica consiste no conjunto de metas estatais constitucionalmente estabelecidas e legalmente detalhadas em relação à economia. O Direito Econômico abrange

de tipos delitivos voltados à proteção de valores chamados de difusos, coletivos, metaindividuais ou universais (i.e.: titulados por um número indeterminado e indivisível de pessoas), sendo estes consagrados recentemente, isto em se considerando os peculiares padrões temporais do mundo jurídico. Tais interesses guardam essência completamente distinta em relação aos bens jurídicos individuais resguardados pelo Direito Penal clássico.

Como já visto, os direitos fundamentais ascenderam politicamente nos fins do século XVIII com o advento das revoluções liberais nos EUA e na França, daí porque apareceram no cenário jurídico como esferas impenetráveis de autonomia individual. Modernamente, as liberdades individuais não podem mais ser vistas com tom absoluto ou contraditório para com os demais direitos fundamentais. Portanto, correta é a visão oriunda da doutrina portuguesa segundo a qual a liberdade contida nos direitos fundamentais não corresponde a uma emancipação anárquica, mas sim à autorresponsabilidade na atuação econômica e social. Por isso, também nestes campos os indivíduos não podem se considerar desligados dos valores comunitários, tendo, ao revés, o dever de os respeitar⁸.

Em que pese não se tratar de tema pacificamente resolvido, há razoabilidade na defesa do acolhimento, ainda que implícito⁹, do princípio da intervenção mínima do Direito Penal pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, mesmo os mais ferrenhos críticos do sistema punitivo do Estado têm se rendido à legitimidade

o conjunto de normas jurídicas que regula a intervenção do Estado na economia. Por sua vez, o Direito Penal Econômico é composto pelo conjunto de normas jurídicas que protege a ordem sócio-econômica mediante previsão de delitos e sanções penais. Os delitos econômicos são, portanto, condutas penalmente típicas que têm o fim de prover, preventiva e repressivamente, a segurança e a regularidade da política econômica do Estado.

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4ª edição. Almedina: Coimbra, 2009, p. 156. O autor aludido utiliza o verbo “respirar”.

⁹ Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da intervenção mínima não está expressamente consignado no texto constitucional ou no Código Penal, integrando a política criminal, sendo a ele relacionadas duas características do Direito Penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

do emprego da tutela penal quanto a valores universais inerentes à ordem econômico-social¹⁰. É neste contexto que se afirma, com razoabilidade, que o modelo liberal de um Direito Penal genuinamente mínimo somente poderia existir no âmbito de um Estado igualmente mínimo que não existe mais¹¹.

É em meio a tais circunstâncias que o movimento de cunho filosófico-jurídico conhecido como garantismo penal vem ganhando espaço, sendo, não raras vezes, invocado com ares de panaceia defensiva. Pode-se afirmar, inclusive, que se vivencia no Direito Penal contemporâneo do Brasil um autêntico fetichismo¹² sobre os direitos individuais e, mais especificamente, sobre o direito à liberdade¹³. Por outro lado, a banalização e a promiscuidade com

¹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro... op. cit.*, p. 37. Confira-se o trecho respectivo: “(...) a partir da consideração do direito penal como direito desigual, deve-se empreender dois movimentos: 1º) instituir a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais para a vida, a saúde, e o bem-estar da comunidade (o chamado ‘uso alternativo do direito’): criminalidade econômica e financeira, crimes contra a saúde pública, o meio ambiente, a segurança do trabalho, etc;”. Este autor também critica a histórica omissão do legislador penal sobre este mandamento constitucional criminalizador, verbis: “Entre nós, a Constituição de 1946 empregara em vão o termo ‘repressão’ para o abuso do poder econômico: jamais o legislador ordinário atendeu à ‘imposição constitucional de tutela penal’. O caráter classista da legislação penal se manifesta também na omissão ou pachorra da elaboração legislativa de crimes que podem ser praticados pelos membros da classe dominante.” *Op. cit.*, p. 90.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

¹² A palavra fetiche remete à ideia de objeto ao qual se atribui poder sobrenatural e se presta ao culto. Nesse sentido: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6ª edição. Curitiba: Positivo, 2006, p. 403.

¹³ Nesse sentido, confira-se o dizer de BARRETO, verbis: “Os direitos humanos nascem e desenvolvem-se nesse contexto com uma dupla dimensão. Primeiro, tornou-se um processo de recuperar os fundamentos do sistema jurídico na argumentação moral, contrapondo o direito ao paradigma mitológico da lei moderna. Para tanto, tornava-se necessária a substituição da totalidade normativa pretendida pela vontade do soberano por um conjunto de direitos originais, expressão da liberdade e igualdade naturais entre os homens. Mas a passagem do mito para o fetiche irá consumir-se quando a primeira dimensão, que permitiria a legitimação dos processos legislativos, ganha características nitidamente fetichistas, que eleva ao mais alto grau de simbolismo social os direitos originais, quando escorrega para uma totalização dogmática e normativa que repete o paradigma positivista e formalista. Os direitos humanos ganharam, assim, características que ameaçam desnaturá-los (...) A reavaliação dessa face fetichista dos direitos humanos torna-se assim etapa necessária no processo de situar essa categoria de direitos como constituindo o núcleo moral do estado de direito democrático.” BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 08/09.

que vem sendo tratada a teoria garantista no Brasil têm contribuído para a deturpação de seu autêntico sentido. Em verdade, o extremismo na visualização dos preceitos garantistas vem sendo concebido com o notório propósito de servir de escudo para a delinquência econômico-empresarial, expressão moderna da criminalidade do colarinho branco vislumbrada a partir da terceira década do século passado.

Originalmente, aponta-se que o garantismo penal teria surgido na Europa continental como uma corrente da criminologia crítica. No entanto, a teoria garantista só veio mesmo a ganhar força na Itália, onde constituiu instrumento acadêmico-doutrinário de reação em face do uso flexível do Direito Penal pelo Poder Público. Deve-se esclarecer que, na década de 70, o governo italiano travou intenso combate a grupos políticos que se valeiram de práticas tidas como terroristas para tentar emplacar suas ideias e intenções, dentre eles, as “Brigate Rose” (Brigadas Vermelhas)¹⁴. Na atualidade, o retorno às luzes do pensamento penal proposto na formulação garantista tem por adversários correntes tachadas como hipercriminalizadoras, tais como o movimento da Lei e da Ordem e a política de Tolerância Zero, francamente potencializados pelos ingredientes ideológicos da chamada doutrina da Defesa Social¹⁵.

Portanto, toda a teorização consubstanciada pelo garantismo penal surgiu como esboço de resposta à emergência da legislação antiterrorista editada na Itália e na Espanha. Como bem sintetizou

¹⁴ SWAANINGEN, René van. “Justicia social en la criminología crítica del nuevo milenio”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, 2ª ep., Madri, 2002, p. 272/273. A primeira menção às Brigadas Vermelhas se deu em Milão, em 17.09.1970, num atentado terrorista frustrado que tinha por objetivo atingir empresários ligados ao governo. Por conta de ações atribuídas ao “terrorismo vermelho”, entre 1969 e 1987, a Itália registrou 14.600 atentados terroristas, nos quais faleceram 419 pessoas e foram feridas outras 1182 pessoas. Cf. MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Edusp, 2001, p. 251/253. Tais números alarmantes levaram ao abuso dos instrumentos penais pelo Estado e, em contrapartida, à exacerbação da defesa dos direitos e garantias individuais pela comunidade científica. Como se verá, ambos os focos de radicalização são desprovidos de razoabilidade e legitimidade.

¹⁵ Neste sentido: CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78.

ARAUJO JUNIOR¹⁶, o garantismo defende que o Direito Penal somente se legitima para restringir a liberdade individual se houver um rigoroso controle do poder normativo do Estado com respeito aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade. A exemplo dos iluministas que outrora tentaram limitar os abusos punitivos de governos absolutistas, o movimento garantista tentou, mais recentemente, impor limites às manifestações penais de regimes governamentais com resquícios fascistas.

O italiano Luigi Ferrajoli é tido como o maior expoente ligado à teoria do garantismo penal. Em sua obra intitulada **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**, este autor preconizou a necessidade de observância de dez princípios básicos - os quais denominou de “axiomas” - para que um determinado sistema normativo-penal venha a ser considerado garantista. Tais axiomas têm a função específica de deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal. Seguindo este diapasão, os três significados básicos do modelo penal garantista foram sintetizados por FERRAJOLI¹⁷ como sendo, simultaneamente, um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.

Vistas essas premissas, nota-se que, no cotidiano da jurisdição criminal brasileira, tem ocorrido frequentemente uma cega e mecanizada importação da tese garantista. Pode-se afirmar até mesmo que as ideias embutidas no garantismo penal têm sido muito mais citadas do que efetivamente estudadas e conhecidas a fundo, inclusive pela parcela da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros¹⁸ que tem aplaudido e fomentado o denominado

¹⁶ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. “O Direito Penal Econômico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número 25. Ano 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. de 1999, p. 155.

¹⁷ O referido autor é ex-magistrado e professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino. A obra aludida foi traduzida para o idioma português. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

¹⁸ Ainda que não caiba aprofundar a questão devido aos estreitos limites materiais deste estudo, pode-se afirmar que algumas das recentes nomeações para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal têm sido baseadas, de forma exclusiva e notória, em vexatório

“garantismo à brasileira”¹⁹. No formato em que vem sendo concebido e aplicado por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, esse “garantismo à brasileira” vem a confirmar a assertiva de Massimo BRUTTI²⁰, direcionando-se predominantemente aos crimes do

apadrinhamento político, o que se dá com fulcro na lamentável - mas politicamente conveniente - redação do art. 101 da Constituição de 1988. Em adendo, cabe enfatizar que, na atual composição do Supremo Tribunal Federal, não há qualquer profissional (advogado ou catedrático) que tenha razoável experiência (teórica ou prática) na área criminal. Mais impressionante ainda é o fato de que, dentre os 11 Ministros do principal órgão do Poder Judiciário brasileiro, há apenas um magistrado de carreira e que também jamais atuou na judicatura criminal. Por tais razões, não assusta que apenas em raríssimas oportunidades tenha o Supremo Tribunal Federal logrado levar a cabo ações penais de sua competência originária. Curiosamente, são fartos os acórdãos proferidos pelo aludido órgão jurisdicional, em sede recursal, tratando de matéria penal e processual penal. Ou seja, argumenta-se sobre uma realidade que, se conhecida na teoria, ao menos não é posta em prática. Esses fatores inegavelmente comprometem a qualidade e a confiabilidade técnicas da contribuição do Supremo Tribunal Federal para o aprimoramento da Justiça Criminal brasileira.

¹⁹ Há quem afirme que esta equivocada visão tem encontrado amparo em parte jurisprudência dos Tribunais Superiores no contexto do que se pode chamar de “garantismo à brasileira”, que nada mais é senão um discurso legitimador da impunidade por meio da desmedida exaltação da liberdade individual e do abuso do direito de defesa. Sobre o tema, precisa e integralmente correta é a conclusão de LENART, segundo o qual, diante de tantos empecilhos que tem sido criados neste campo minado que é o combate à delinquência dourada, seria mais sincero e coerente que os Tribunais renunciassem, de uma vez por todas, aos recentes contorcionismos retóricos que têm causado tanta perplexidade. Assim agindo, poderiam, por exemplo, simplesmente rechaçar genericamente a possibilidade de decretação da prisão preventiva em casos de crimes do colarinho branco por ausência de risco socialmente relevante. LENART afirma ainda que tal medida iria ao encontro da ardente reivindicação de parcela dos estudiosos pátrios que não veem na livre e desenvolta atuação de empreendedores desonestos, corruptos empedernidos e roedores de recursos públicos uma ameaça significativa à ordem pública. Assim, em prevalecendo o tal “garantismo à brasileira”, seria finalmente consagrado o lema segundo o qual onde não há sangue, não há realmente crime, mas apenas deslizos e contratemplos fiscais ou mercadológicos. Segundo LENART, a origem do “garantismo à brasileira” se prende a alguns grandes escritórios, mas vem recebendo entusiasmada acolhida por parte de setores do Judiciário e do público especializado, o que talvez se deva mais à ignorância do que à coincidência ideológica, já que, muitos dos que defendem essas teses exóticas acham que estão seguindo a prática de países mais desenvolvidos, o que não é condizente com a verdade. Cf. LENART, André. **Garantismo à brasileira**. Texto disponível no seguinte link: <http://reservadejustica.wordpress.com/tag/garantismo-a-brasileira>. Acesso em 30.03.2010.

²⁰ Massimo Bruti é professor de Direito na Universidade de Roma e, ao comentar as intenções pseudogarantistas do governo de Silvio Berlusconi quanto à reforma da legislação penal e processual penal da Itália, assim disse: “*El garantismo se limita a los delitos de cuello blanco. Para los delitos comunes aumentan las penas. La estrategia es obstruir la investigación de los delitos económicos, despenalizando algunos, reduciendo su plazo de prescripción y alargando la duración de los procesos.*” Cf. entrevista concedida ao jornal

colarinho branco ao passo que, para os delitos comuns, resta o incremento do rigor penal. A falta do devido aprofundamento teórico se faz sensível, a começar, pela ausência de análise ou mesmo menção sobre o comentado contexto histórico-político de formação da teoria garantista.

Na introdução à aludida obra de Ferrajoli, Norberto BOBBIO²¹ já chamava a atenção para a corajosa batalha vivida pelo autor em meio a debates políticos e artigos jornalísticos tidos e havidos no seio da explosão de violência entre o governo italiano e grupos políticos opositores. A batalha de Ferrajoli, citada por Bobbio, acabou por dar origem à sua festejada tese. Portanto, o garantismo penal foi construído no contexto de uma legislação de emergência elaborada em um Estado que buscava reprimir atos terroristas. Mesmo considerando este quadro de exceção, é imprescindível alertar que Ferrajoli jamais defendeu absurdos, tais como o engessamento interpretativo do Poder Judiciário em prol de uma legalidade pétrea²². Genuinamente, o garantismo penal não tem qualquer relação com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. Percebe-se apenas que o modelo normativo garantista preconiza um programa limitativo da intervenção penal a ser centralizado na tutela de direitos individuais²³.

Chama a atenção, por exemplo, a pouca divulgação sobre o fato de Ferrajoli ter reconhecido que, ao lado de uma massiva

El País, em 09.10.2009, cuja versão integral encontra-se disponível no sítio: www.elpais.com. Acesso em 30.03.2010.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal...** *op. cit.*, p. 12.

²² Ao discorrer sobre o garantismo penal, o próprio FERRAJOLI admitia a existência de espaços de poder interpretativo insuprimíveis, como se vê no trecho a seguir: “*Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela (...)* Daí segue que não só é estranha, mas também incompatível com a epistemologia garantista, a ideologia mecanicista da aplicação da lei, expressa na célebre frase de Montesquieu: ‘os juizes da nação não são, como temos dito, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis’.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 42 e 43.

deflação das proibições legais, um programa de Direito Penal mínimo ou garantista tem também de voltar seus holofotes para a tutela de bens fundamentais, o que implica, necessariamente, uma “*maior penalização de condutas, hoje não adequadamente proibidas nem castigadas*”²⁴. Portanto, até mesmo o grande artífice da teoria garantista admite que há campos socialmente relevantes nos quais o legislador penal foi omissivo ou extremamente brando, o que se faz mais marcante no específico setor dos interesses tutelados pela coletividade. Trata-se de realidade inaceitável, haja vista que estes valores não guardam relação de antagonismo ou de subsidiariedade para com os direitos e garantias individuais. Ao contrário, há - ou, ao menos, deveria haver - uma salutar relação de simbiose e complementariedade entre os mesmos²⁵.

²³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 41.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal...** *op. cit.*, p. 438. No mesmo sentido é a preleção de SARLET, confira-se: “(...) *as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõem e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral e não meramente negativo.*” SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade, o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** nº 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 89.

²⁵ Sobre o tema, confira-se o respectivo trecho: “*Podemos, por tais motivos, caracterizar o Estado liberal como um Estado limitado por normas secundárias negativas, isto é, por vedações legais dirigidas aos seus órgãos de poder; e o Estado social, ou socialista, como um Estado vinculado por normas secundárias positivas, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos (...) enquanto o Estado de direito liberal deve somente não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda melhorá-las; deve não somente não ser para eles uma desvantagem mas, outrossim, ser uma vantagem (...)* As garantias liberais ou negativas baseadas em vedações legais servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré-políticas de existência: a vida, a liberdade, a imunidade dos arbítrios e, devemos acrescentar, a não destruição do ar, da água e do meio ambiente em geral, as garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações conduzem, ao invés, a pretensões e aquisições de condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e têm como tais uma função conservadora; e as segundas são dirigidas ao futuro e têm um alcance inovador (...) Obviamente os dois tipos de garantia e os correspondentes modelos de Estado não se excluem entre si, como, vez ou outra, costuma-se afirmar de maneira injustificada nas contraposições entre liberdades individuais e justiça social (...)”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal...** *op. cit.*, p. 795.

O tradicional garantismo negativo sustenta-se na função clássica do Direito Penal, denominada de função liberal-iluminista, ao passo que a visão mais atual preconiza a existência de um duplo viés (negativo e positivo) na teoria garantista. Este último aspecto é sustentado no neoconstitucionalismo²⁶- *locus* da própria construção da moderna teoria do bem jurídico-penal²⁷- e numa nova visão sobre o princípio da proporcionalidade. Neste diapasão, o princípio da proporcionalidade, que orienta a avaliação da compatibilidade constitucional dos atos do Poder Público (sobretudo, os normativos), possui duas interfaces: de um lado, a vedação do excesso, e de outro, a proibição de proteção deficiente. É exatamente o mandamento proibitivo de proteção deficiente²⁸ que impede que o legislador penal renuncie arbitrariamente ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que dele derivam quando diante de bens jurídicos de inquestionável magnitude²⁹.

²⁶ Trata-se de conceito formulado na Espanha e na Itália e quem tem tido ampla reverberação na doutrina brasileira. O aplauso ou crítica às premissas do neoconstitucionalismo configuram uma questão de opção pessoal, sendo, no entanto, indiscutivelmente sensíveis as alterações que vêm ocorrendo na forma de se enxergar o ordenamento jurídico, assim sintetizadas por SARMENTO, verbis: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.” Cf. SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In **Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 233/234.

²⁷ STRECK, Maria Luíza Schäfer. **Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 51.

²⁸ No Brasil, o mais completo estudo sobre o princípio da vedação de insuficiência e suas implicações no Direito Penal é exposto na obra de BALTAZAR JUNIOR. Cf. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crime organizado e proteção de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49/74.

²⁹ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119. No mesmo sentido, segue a preleção de SARLET: “Não há como deixar de destacar que tanto as normas de cunho programático (que são programáticas pelo seu conteúdo, mas não por falta de eficácia e aplicabilidade) quanto as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma

Muitos dos problemas atuais do Direito Penal decorrem da transformação pela qual vem passando a própria criminalidade vivenciada na sociedade contemporânea. Sensatas são as palavras de CARVALHO³⁰ quanto à constatação de que a criminalidade que se impõe hoje não é mais a velha criminalidade de subsistência que há vinte anos sustentava a seletividade da Justiça Criminal, cabendo concluir que a aludida mutação na questão criminal abrange a emergência de novos agentes (poderes criminais - criminalidade organizada) e novas formas de criminalidade (crimes do poder - criminalidade econômica e financeira), obrigando cientistas e políticos a repensarem radicalmente a efetividade das técnicas de tutela e garantia.

É importante salientar que se trata de tema que vulnera interesses de grupos poderosos, sendo esta uma circunstância cuja influência não pode ser desconsiderada no âmbito da discussão acadêmica³¹. Ademais, é interessante notar que todo este esforço contrário ao estabelecimento da tutela penal em face dos abusos cometidos no âmbito econômico-empresarial surge, com fachada falsamente garantista, exatamente no momento histórico em que o Direito Penal começa a abordar não só os microinfratores de outrora (em regra, negros, miseráveis e analfabetos), mas também a macrodelinquência no seio da qual avultam criminosos dotados de grande potencial econômico-político e infrações de larga nocividade social.

*na esfera jurídico-penal, pois impõe e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral e não meramente negativo.” SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 47. Ano 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2004, p. 89.*

³⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81.

³¹ Trata-se de fator bem captado pelo dizer de BARATTA, *verbis*: “Quanto mais direto e decisivo seja o peso com base no qual os grupos de interesse, utilizando para isso os múltiplos canais que se encontram à sua disposição, afetem a legislação penal, maior será a importância da instância científica e maior será o grau a que fica reduzida, desempenhando um papel instrumental na preparação dos elementos técnico-jurídicos (...).” BARATTA, Alessandro. “Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal”. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, nº 31, jan.-junho, p. 18.

Nesse aspecto, há que se manifestar concordância com a percepção de MORAES FILHO³² que, textualmente, asseverou ser curiosa a coincidência temporal entre a exaltação do unidirecional do garantismo penal (e dos chavões corolários: descriminalização, despenalização e desjudicialização) e a fase contemporânea na qual a ciência penal passa por louvável processo de reequilíbrio.

Se o amor extremado a ideologias jamais constituiu fundamento confiável para qualquer teoria, não é menos real o fato de que a recente emergência de um pseudogarantismo tem o evidente propósito de proteger da incidência da lei penal toda uma classe de agentes que sempre gozou - e, de certa forma, ainda goza - das be-nesses do aparato punitivo estatal. A teoria garantista parte de uma visão pessimista das relações de poder, na qual o Estado figura como entidade intrinsecamente má, o que leva a uma ingênua concepção do homem como “bom selvagem”³³. Pois é a essa equivocada premissa que se contrapõe a escorreita advertência de BOBBIO, segundo o qual: “*não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal.*”³⁴

Sob todos os aspectos, é lapidar o alerta feito por SCHÜNEMANN³⁵ de que o Direito Penal foi historicamente concebido com dois objetivos fundamentais: proteger interesses privados individuais e ter por clientela as camadas mais pobres da população. Portanto, há premente necessidade de revisão deste padrão odioso como decorrência das novas demandas da sociedade. No mesmo sentido, é robusta a fundamentação de SARLET³⁶, segundo o qual,

³² Conforme citação proferida na Conferência sobre “Crimes contra a Economia Popular”, in **Direito Penal dos Negócios**, coletânea publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, p. 110, *apud* CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 103/104.

³³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 259.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 87.

³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 53.

³⁶ Trata-se de tendência de duvidosa constitucionalidade por afronta ao princípio da proporcionalidade, na submodalidade proibição de proteção deficiente a direitos fundamentais. Nesse sentido, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**, p. 12. Publicado em 12.07.2005. Disponível no sítio da internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 25.08.2008.

se resumido em sua dimensão meramente negativa, o movimento garantista acaba privilegiando criminosos poderosos, deixando imunes delitos de elevado potencial ofensivo ao interesse público. Seja ele advindo do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, não há dúvida de que este caminho hermenêutico é inconstitucional à luz da teoria do dever estatal de proteção (eficiente e efetiva) a todos os interesses fundamentais, inclusive os titulados pela coletividade.

Experimenta-se na atualidade a era do Direito Penal Constitucional, sendo certo, portanto, que o sistema punitivo deve ser enxergado sob os ditames da Carta Magna. Neste contexto, não se pode olvidar o acolhimento constitucional de direitos fundamentais de todas as espécies, gerações ou dimensões, e não somente de direitos individuais ligados ao binômio liberdade-propriedade. Não há liberdades ou direitos absolutos e assim ocorre para o bem da subsistência harmoniosa em sociedade³⁷.

O modelo penal garantista-individualista puro constituiu ideologia jurídica fundada nos pilares do Direito Penal liberal, cuja existência pretendia ser justificada na necessidade de preservação da segurança jurídica do indivíduo e não no interesse do Estado ou da comunidade. O cogente aperfeiçoamento da noção garantista passa pela compatibilização da proteção a todas as gerações de direitos humanos como condição para seu reconhecimento pelo Estado, sob pena de indevida institucionalização de um “garantismo autista”³⁸. A conjugação das duas vertentes de proteção aos direitos fundamentais conduzirá à formação de um saudável “ga-

³⁷ Sobre o tema, vale conferir a seguinte explanação, *verbis*: “A doutrina afirma constantemente o caráter complementar das diversas gerações de direitos humanos. Significa com isso que o garantismo penal pode e deve, em princípio, conviver harmoniosamente com os direitos sociais. Todavia, deve-se admitir que as chamadas ‘liberdades burguesas’, que na sua origem explicam o direito penal garantista, nem por isso estão imunes de severas críticas que, em última análise, terminam por colocar em xeque as próprias bases do garantismo.” FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 24.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 47, p. 89, mar.-abr., 2004.

rantismo penal integral”³⁹, o que não só otimizará a proteção do indivíduo contra eventuais irracionalidades punitivas por parte do Estado, mas, com igual vigor, também permitirá o resguardo eficaz dos anseios da sociedade.

A própria validade da tese garantista está em boa parte ligada à reconstrução da referida tese sob as luzes da proporcionalidade em seu duplo viés, de modo a que se possa garantir, na esfera jurídico-penal, respostas adequadas aos avanços da criminalidade atual⁴⁰. A abolição do Direito Penal e tendências assemelhadas jamais integraram a pauta autenticamente garantista. O Estado Democrático de Direito é comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões e não apenas com a liberdade individual e, muito menos, com o abuso desta. Neste aspecto, é flagrante a atualidade dos ensinamentos de HUNGRIA⁴¹ que, em caráter visionário, assim pronunciou: “(...) *a democracia liberal protege os direitos do homem e não os crimes do homem. Maldita seria a democracia liberal, se se prestasse a uma política de cumplicidade com a delinqüência.*”

Outrossim, deve-se chamar a atenção para o fato de que a teoria do garantismo penal não é majoritária na doutrina estrangeira, rejeição esta que é especialmente sensível nos países da Europa Continental. Ao revés, o garantismo encontrou perfeito ambiente de difusão numa América Latina assolada por governos autoritários que, a partir da década de 60, geraram, em especial no Brasil e na Argentina, vigorosa restrição penal a direitos individuais⁴². Parece razoável defender que um erro anterior não deve justificar um outro atual, de mesmas proporções ou, quiçá, até

³⁹ Cf. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência...* *op. cit.*, p. 121/122.

⁴¹ Cf. HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao Código Penal*, v. I, tomo I: arts. 1º ao 10. 5a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 67.

⁴² Neste sentido: DE GRANDIS, Rodrigo. “Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral”. *In Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 368.

maiores. Na correta ilustração de MENDONÇA⁴³, o pêndulo que, na época da ditadura, estava voltado para a suposta proteção do Estado em prejuízo das garantias individuais, não pode oscilar totalmente para o outro lado, descurando do interesse comunitário.

Ao discorrer sobre a necessidade de levar a sério os direitos econômico-sociais fundamentais, CANOTILHO⁴⁴ também já advertiu sobre os riscos contidos no “hipergarantismo” que, ao erigir-se como cultura dominante, tem se convertido em ideologia jurídica de suporte de organizações criminosas. No plano do Direito Penal, as refrações do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminista-liberal centrada na proteção do indivíduo (criminoso) com quase completo desprezo pela vítima que, no caso específico do Direito Penal Econômico, é a própria sociedade⁴⁵.

Embora as circunstâncias históricas e político-sociais de sua origem expliquem em parte o paradigma garantista, a exacerbação absoluta das chamadas liberdades burguesas não está imune de severas críticas que, em última análise, colocam em xeque as próprias bases do garantismo penal unidimensional. Faz-se necessária, portanto, a adaptação e atualização desta teoria às demandas da sociedade contemporânea, mais especificamente, em atenção ao caráter intrinsecamente complementar das diversas gerações de direitos humanos⁴⁶. O garantismo penal pode e deve acomodar

⁴³ MENDONÇA, Andrey Borges de. “A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral”. In **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora Juspodvm, 2010, p. 179.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Justiça constitucional e justiça penal”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 58. Ano 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev. de 2006, p. 330.

⁴⁵ Segundo SARMENTO, o ultragarantismo penal aplicado aos crimes do colarinho branco seria exemplo da tentativa das elites econômicas e culturais, que perderam espaço na política majoritária, de manterem o seu poder, reforçando no arranjo institucional do Estado o peso do Judiciário, no qual elas ainda têm hegemonia. Cf. SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In **Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2010, p. 259.

⁴⁶ A doutrina constitucionalista costuma traçar distinção entre o gênero “direitos fundamentais *lato sensu*” (prerrogativas da pessoa decorrentes de sua própria condição humana) e suas espécies: direitos humanos (previstos em tratados internacionais), direitos do homem

a proteção de todas as categorias de direitos fundamentais que, em tese, complementam a noção de liberdade, sem que se possa, com isso, cogitar sobre um ilusório prejuízo ao núcleo essencial representado pelas conquistas liberais⁴⁷.

Aliás, resta quase esquecido que a necessidade de convivência harmônica entre os direitos fundamentais de cunho individual e coletivo é expressamente prevista no art. 32 do Pacto de São José da Costa Rica⁴⁸, que deixa patente a existência de deveres de solidariedade, isto é, de obrigações do indivíduo para com a comunidade na qual se encontra inserido. Logicamente, isso induz à legitimidade da limitação dos direitos de cada pessoa pelas exigências do bem comum no seio de uma sociedade verdadeiramente democrática.

No fundo, o modelo garantista nada mais expressa senão a firme intenção de levar a sério os direitos fundamentais como um todo e foi essa a razão pela qual Luigi Ferrajoli foi chamado de “fundamentalista dos direitos fundamentais”⁴⁹. No entanto, como visto, a tese desse autor italiano é construída no seio de um contexto peculiar e, por conseguinte, retrata uma concepção específica sobre a teoria dos direitos fundamentais, uma visão unidire-

(sem previsão expressa) e direitos fundamentais em sentido estrito (previstos na Constituição). Neste estudo, tais expressões são tratadas como sinônimas do gênero retrocitado.

⁴⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 7 e 24.

⁴⁸ Ao tratar dos deveres das pessoas, o capítulo V do referido tratado internacional estabelece no art. 32, itens 1 e 2 o seguinte: “1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade; 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.” Pode-se dizer que a origem deste mandamento encontra-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, *verbis*: “Art. 4. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos (...)”. Mais adiante, o mesmo documento normativo traz outra disposição pertinente importante: “Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.”

⁴⁹ MARTÍ MARMOL, José Luis. “*El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales*”. In *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Ed. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 365.

cional⁵⁰ na qual os direitos fundamentais são concebidos apenas com eficácia negativa em relação às funções estatais⁵¹.

O Direito Penal precisa galgar maior efetividade no enfrentamento da criminalidade econômico-empresarial e o caminho para tanto, ao contrário do que prega parcela da doutrina e da jurisprudência, não passa por discursos autoritários, arbitrários, usualmente confundidos com o Direito Penal do inimigo ou coisa que o valha. Tem-se aqui um ranço deixado pela época em que o Direito

⁵⁰ Confira-se o comentário de FELDENS sobre o assunto: “Essa compreensão unidirecional dos direitos fundamentais, a qual se traduz em uma concepção também unilateral de garantismo, fundamenta-se em um premissa da teoria de Ferrajoli com a qual decididamente não podemos concordar. Ferrajoli prega o garantismo como uma visão pessimista do poder, entendendo-o, sempre, como um mal. Compreender o Estado como sempre um mal, assinalando-lhe um ‘irreduzível grau de ilegitimidade política’, parece-nos demasiadamente forte. Que um determinado poder (governo) possa descambar ‘para o mal’, achando-se exposto a ‘degenerar-se em despotismo’ não equivale a dizer que todo poder é mal e que necessariamente descambará para o despotismo.” FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69/70.

⁵¹ Em que pese a referência prioritária ao ordenamento processual penal, é aplicável ao tema abordado a apreciação de BEDÊ JÚNIOR e SENNA, *verbis*: “Recentemente, a doutrina processual penal volta os olhos, numa clara visão reducionista, apenas para os direitos fundamentais do réu. Os defensores dessa Garantismo Supremo, ao reconhecerem que o Estado é ontologicamente arbitrário e que jamais estaria correto em punir penalmente, atuam muitas vezes, como na famosa série juvenil Harry Potter, taxando de ‘trouxas’ quem não acredita nos ‘magos’ dessa re(é)novada onda processual. Com a devida vênia, a balança não pode pender exclusivamente para esse lado, pois o Estado não mais pode ser considerado - numa visão liberal-individualista - como o inimigo do cidadão, já que, numa visão democrática e social, ele existe para a realização do bem comum(...) A se continuar trabalhando com uma obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais, típicos de um pensamento de um Estado puramente liberal e individualista, haverá sério risco para a efetividade da justiça criminal, com comprometimento dos direitos sociais da coletividade.” BEDÊ JÚNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25. No mesmo sentido, segue a impressão de Afrânio Silva JARDIM: “Por tudo isto, é preciso combater-se, em todas as frentes, a visão liberal-individualista de que o cidadão deve opor-se ao Estado, como se este não existisse justamente para realização do bem comum. Certo que, historicamente, temos presenciado muitos desvios neste desiderato, nada obstante, em assim ocorrendo, cabe democratizar o Estado e não combatê-lo como se fosse um inimigo comum. Na realidade, é justamente a progressiva intervenção estatal na vida social que tem impedido que as desigualdades de classes tornem ainda mais opressora a ordem econômica vigente nos países do Terceiro Mundo.” JARDIM, Afrânio Silva. “Bases constitucionais para um processo penal democrático”. **Direito Processual Penal** nº 11. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 309/310.

Penal era visto como a Magna Carta do criminoso⁵², ou seja, um ordenamento regrador dos limites do combate à delinquência. Sob todos os aspectos, confundir o estabelecimento da tutela penal sobre os valores mais relevantes da ordem socioeconômica com tais movimentos configura postura equivocada e constitucionalmente desatualizada⁵³. Na contramão da evolução do ordenamento penal-constitucional ao redor do mundo, as recorrentes notícias acerca da resistência jurisprudencial dos Tribunais Superiores quanto à efetividade da jurisdição criminal no âmbito da delinquência econômico-empresarial permitem vislumbrar a vigência de uma espécie de Era Lochner⁵⁴ do Direito Penal Econômico brasileiro.

⁵² HASSEMER, Winfried. **Por que no debe suprimirse el derecho penal**. México: 2003, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 34.

⁵³ O diferenciado grau de repercussão do neoconstitucionalismo nas diversas instâncias do Poder Judiciário brasileiro foi assim explicado por SARMENTO, *verbis*: “(...) boa parte dos juízes de 1º grau teve a sua formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios, há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações da cúpula do Poder Judiciário sobre todas as suas instâncias.” SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. **In Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 254.

⁵⁴ Nos Estados Unidos, até meados da terceira década do século passado, houve um período que ficou conhecido como Era de Lochner, quando, a partir do caso Lochner v. New York, a Suprema Corte impediu sistematicamente a edição de legislação trabalhista e de outras medidas que implicavam interferência na esfera econômica com base na interpretação da cláusula do devido processo legal. Roosevelt propôs o “*Court-packing plan*” pelo qual pretendia aumentar o número de membros daquele órgão e assim nomear pessoas mais afinadas com os objetivos do Poder Executivo. O projeto foi rejeitado, mas, por pressão da opinião pública, a Suprema Corte adaptou sua jurisprudência aos novos tempos e admitiu a intervenção estatal em assuntos como fixação de jornada de trabalho e salários, além do controle de preços. Sobre o tema, confira-se: BARROSO, Luis Roberto. “A crise econômica e o Direito Constitucional”. **Revista Forense**. V. 323. Rio de Janeiro: Forense, julho-setembro de 1993, p. 90; WOODIWISS, Michael. **Capitalismo Gângster: quem são os verdadeiros agentes do crime organizado**. Trad. C.E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007, p. 64 e SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. **In Por um**

Como acentuam BEDÊ JÚNIOR e SENNA⁵⁵, a preconceituosa oposição à modernização dos ideais garantistas acaba por gerar uma espécie de “síndrome de Alice”, como se, assim como a citada personagem, estivéssemos no país das maravilhas, onde não existem indivíduos movidos por cabal descaso para com os valores sociais, nem organizações empresariais criminosas com poder suficiente para comprometer a estrutura do Estado e o bem-estar da coletividade⁵⁶.

Ao criticar o radicalismo individualista de alguns quanto à compreensão da teoria garantista, FISCHER⁵⁷ asseverou que a tarefa do moderno Direito Penal consiste em que sejam adotados todos os mecanismos para garantir que as funções sociais se mostrem eficazes na garantia do bom convívio comunitário. Este mesmo autor proferiu certa afirmação⁵⁸ no sentido de que, à luz de uma ordem constitucional com feições democráticas e sociais, fator este exponenciado pelo princípio da solidariedade, é fundamental superar-se a análise do Direito Penal pelo ângulo puramente indi-

constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2010, p. 259.

⁵⁵ BEDÊ JÚNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27/28.

⁵⁶ Sobre a relatividade dos direitos fundamentais e suas implicações no campo penal, assim discorreu Alexandre de MORAES: “Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito(...) Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas (...)) Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.” MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 46/47.

⁵⁷ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 97.

⁵⁸ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição...** *op. cit.*, p. 118 e 121.

vidual, estando em voga delitos econômicos que atingem frontal e intensamente interesses da coletividade. O novo paradigma normativo que aqui se defende decorre da assunção definitiva de que os direitos fundamentais não mais se resumem a escudos frente ao poder estatal, mas estendem-se à demanda pela proteção do Estado em face de ataques a bens jurídicos socialmente fundamentais oriundos de quaisquer pessoas.

O que foi dito sobre o movimento garantista leva à conclusão de que o Direito Penal não deve restringir-se à preservação dos dez axiomas proclamados pela particular visão de Luigi Ferrajoli sobre os direitos fundamentais. No contexto da vigente Constituição de 1988 e do Estado Democrático de Direito por ela sustentado, a função do Direito Penal ultrapassa esses limites para o fim de abranger, sempre que se fizer necessário, o resguardo de todas as categorias de direitos fundamentais, qualquer que seja sua geração ou dimensão. Na perspectiva da moderna hermenêutica dos direitos fundamentais e dos textos normativos a eles concernentes (constitucionais, legais e convencionais), não cabe afastar as tradições em bloco, mas também não se deve aceitá-las acriticamente, referendando seus vícios e distorções⁵⁹.

Por todo o exposto, não se está aqui a atacar pura e simplesmente o modelo garantista de Direito Penal, mas tão somente defendendo-se a necessidade de que se promova, nos âmbitos científico e pragmático, um “processo de desfetichização”⁶⁰ a fim de que a proposta garantista seja finalmente enxergada e aplicada em sua integralidade, num contexto constitucionalmente atualizado, no qual é legítima a tutela penal de interesses metaindividuais. Faz-se impositiva uma releitura ampliadora do sistema garantista de modo a que se atinja o citado garantismo integral. Filio-me ao entendimento⁶¹ que inclui, no campo os bens jurídicos

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 224.

⁶⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 09.

⁶¹ Neste sentido: DE GRANDIS, Rodrigo. “Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral”. In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais*

dignos de tutela penal, valores ligados à ordem constitucional econômico-social não vinculados diretamente a pessoas determinadas, mas sim à toda a coletividade (v.g.: a higidez da ordem tributária e previdenciária, a preservação do meio ambiente e do equilíbrio do mercado de capitais). Em essência, tais interesses jurídicos guardam liame estreito com os princípios mais importantes da vigente Constituição da República e o menosprezo destes pelo Estado, a pretexto de atender aos reclamos de um “garantismo hiperbólico monocular”⁶², descumpre o princípio da proporcionalidade em seu aspecto de vedação à proteção deficiente dos direitos fundamentais. 📄

penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 368

⁶² Expressão cunhada por Douglas FISCHER para designar a desproporcionalidade da corrente garantista que defende que apenas direitos fundamentais individuais são dignos de receber proteção por norma penal. FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” *In Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 48.