

## **Direitos fundamentais e o *jus puniendi*: o processo como garantia do cidadão e limite ao punitivismo estatal**

**Fundamental rights and *jus puniendi*: the process as a citizen's guarantee and limit to state punitivism**

**Derechos fundamentales y *jus puniendi*: el proceso como garantía ciudadana y límite al punitivismo estatal**

Recebido: 01/12/2022 | Revisado: 13/12/2022 | Aceitado: 14/12/2022 | Publicado: 19/12/2022

**Wallace Allen Góis de Medeiros**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1517-8613>  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil  
E-mail: [wallacegois@hotmail.com.br](mailto:wallacegois@hotmail.com.br)

**Augusto de França Maia**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2727-2685>  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil  
E-mail: [advaugustomaia@gmail.com](mailto:advaugustomaia@gmail.com)

### **Resumo**

O presente artigo evidencia a linha tênue existente entre o punitivismo estatal e os direitos constitucionais do acusado, demonstrando, dessa forma, a necessidade de um equilíbrio jurídico. Com esse objetivo, extraia-se dos próprios fundamentos presentes na Constituição Federal do Brasil, o embasamento do *jus puniendi* do Estado, bem como os pilares do princípio da pessoa humana, com foco na dignidade humana, valor fundamental do Estado Democrático de Direito. Diante desta situação, o respeito aos ditames do devido processo penal apresenta-se como uma garantia constitucional dos direitos do acusado em face da vontade exacerbada de punir por parte da sociedade civil e das organizações que compõem a justiça brasileira. Com efeito, a nova ordem constitucional passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transforme em um instrumento de garantia do indivíduo em face da cultura do punitivismo estatal no Brasil.

**Palavras-chave:** Constituição; Direitos fundamentais; *Jus puniendi*; Limites; Processo.

### **Abstract**

This article highlights the fine line between state punitivism and the constitutional rights of the accused, thus demonstrating the need for a legal balance. With this objective in mind, the basis of the State's *jus puniendi* is extracted from the very foundations present in the Federal Constitution of Brazil, as well as the pillars of the principle of the human person, with a focus on human dignity, a fundamental value of the Democratic State of Law. Faced with this situation, respect for the dictates of due criminal procedure is presented as a constitutional guarantee of the rights of the accused in the face of the exacerbated desire to punish on the part of civil society and the organizations that make up the Brazilian justice system. Indeed, the new constitutional order began to demand that the process no longer be conducted, as a priority, as a mere vehicle for the application of criminal law, but, beyond and more than that, that it be transformed into an instrument of guarantee of the individual in the face of the culture of state punitivism in Brazil.

**Keywords:** Constitution; Fundamental law; *Jus puniendi*; Limits; Process.

### **Resumen**

Este artículo destaca la delgada línea entre el punitivismo estatal y los derechos constitucionales de los imputados, demostrando así la necesidad de un equilibrio jurídico. Con ese objetivo en mente, la base del *jus puniendi* del Estado se extrae de los propios fundamentos presentes en la Constitución Federal de Brasil, así como de los pilares del principio de la persona humana, con foco en la dignidad humana, valor fundamental del Estado Democrático de Derecho. Ante esta situación, el respeto a los dictados del debido proceso penal se presenta como garantía constitucional de los derechos de los imputados ante el afán exacerbado de sancionar por parte de la sociedad civil y de las organizaciones que integran el sistema de justicia brasileño. En efecto, el nuevo orden constitucional pasó a exigir que el proceso ya no se siga, de manera prioritaria, como un mero vehículo de aplicación de la ley penal, sino, más allá y más allá, que se transforme en un instrumento de garantía de la justicia. el individuo frente a la cultura del punitivismo estatal en Brasil.

**Palabras clave:** Constitución; Ley fundamental; *Jus puniendi*; Límites; Proceso.

## 1. Introdução

A dignidade da pessoa humana foi erigida à condição de fundamento da República Federativa do Brasil pela Carta Cidadã de 1988. Através dela, se protege os valores mais fundamentais da existência do homem, como a vida, a liberdade, a integridade física, a intimidade, a propriedade, entre tantos outros. A prevalência dos direitos humanos é um dos princípios que regem as relações internacionais do Estado brasileiro (art. 4º, II, da CF). Nesta senda, discorre Fernandes:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poderio estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais [...]. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo (Fernandes, 2012).

Dessa forma, conforme ensina Barroso, a dignidade humana é tida como um valor fundamental do Estado Democrático de Direito, “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, nas palavras de Sarlet, gerando uma série de direitos e deveres fundamentais que norteiam a ação estatal e asseguram o indivíduo contra todo e qualquer ato degradante e desumano. Por sua vez, Piovesan leciona que:

A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana (Piovesan, 2003).

Partindo de tais concepções, o direito penal assume, segundo Ferrajoli, uma dupla função, consubstanciada pela prevenção geral dos delitos e pela prevenção geral das penas arbitrárias ou desproporcionais. “Se a violência do controle penal não for limitada, a história mostra a possibilidade de criação de chagas que nunca poderão ser olvidadas na história da humanidade” (Ferrajoli, 2000).

Portanto, é por essa razão que existe o processo, como instrumento do Estado de Direito, em detrimento à vingança privada do Estado de polícia, pelo que o exercício do jus puniendi demanda o cumprimento da garantia jurisdicional do processo penal, vez que *nulla poena sine iudicio*, sendo este, por fim, o objeto de estudo do presente artigo.

## 2. Metodologia

A priori, tendo por norte os objetivos específicos do artigo, para fins de entendimento sobre os fundamentos dos direitos fundamentais e *jus puniende*, realizou-se um amplo levantamento de material de consulta, através de uma pesquisa bibliográfica documental em livros, artigos, dissertações, teses, legislações e decisões judiciais.

Em seguida, a partir das fontes de pesquisas, adotou-se nos capítulos anteriores referencial teórico de suporte aos temas da persecução penal e o Estado Democrático de Direito, como também ao tópico destinado aos princípios do ampla defesa e do devido processo legal, perfazendo os tópicos do garantismo e impunidade, visando, desse modo, embasar a discussão principal do presente artigo.

Por fim, a pesquisa se embasou, em síntese, na metodologia dedutiva. Nas palavras de Maria Marly de Oliveira, “de acordo com os estudos clássicos, o método dedutivo é sempre definido como sendo o procedimento de estudo que vai do geral para o particular ou, melhor dizendo, parte-se dois princípios já reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis para um final. A utilização do método dedutivo nos leva a partir do que já é conhecido para o desconhecido. Pode-se afirmar que, nesse caso,

a margem de erro é quase nula, uma vez que a conclusão do estudo não deve extrapolar as premissas” (Oliveira, 2018).

### **3. Resultados e Discussão**

#### **3.1 Persecução penal e estado democrático de direito**

Inicialmente, quando do acontecimento de um ilícito penal, a sociedade exige a sua pronta e exemplar punição, consistindo o processo penal num instrumento de civilidade do Estado justamente no momento em que as instituições democráticas são colocadas em xeque. Neste sentido, Carvalho resume com maestria:

No momento que há notícia de um crime, contra o cidadão-suspeito, tem-se toda a estrutura do Estado-administração, via polícia, que necessita encontrar culpado (é sua função); contra ele, tem-se toda a estrutura do Estado-acusador que, em tempos de populismo punitivo, necessita fazer presente, seja do jeito que for, a perseguição penal; contra ele, tem-se toda a estrutura da grande maioria dos integrantes do Poder Judiciário que entendem que o judiciário faz parte integrante do aparato repressivo do Estado; contra ele, tem-se a imprensa sensacionalista que necessita do espetáculo infantilizante da busca do “mau”; contra ele, tem-se toda a sociedade que sonha se vingar (Carvalho, 2013).

Neste sentido, assevera Badaró, o processo penal exerce uma natureza política de contra poder face ao Estado, funcionando as suas formas tipificadas pelo legislador como uma verdadeira garantia individual das partes (Badaró, 2016).

Em verdade, é um instrumento público, político, técnico e ético de exercício jurisdicional. “Apresenta-se, dessa maneira, a jurisdicalização da pena como uma verdadeira garantia da pessoa tida como infratora da norma penal, pois, inadmitida sua imposição imediata, substitui-se o império da violência privada pelo regime do direito” (Tucci, 2002).

Não se pode deixar de mencionar que a transgressão das normas processuais e penais, em muitas oportunidades, é causada pelo próprio Ministério Público ou com a sua aquiescência. Nessas situações, o próprio fiscal da lei, no mais das vezes como parte, margeia a aplicação da lei processual penal (que, como visto, é garantia do indivíduo contra o arbítrio do Estado), promovendo um verdadeiro desserviço à sociedade.

Ocorre que o instrumento processual não pode ser encarado, conforme acentua Prado, como uma “cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas, incluindo nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário” (Prado, 2014). Por isso, a atividade jurisdicional exercida no estrito cumprimento da Constituição e da lei deve ser a grande preocupação de qualquer ordenamento jurídico, tendo em conta que a pacificação social somente será alcançada com uma atuação jurisdicional cristalina.

Nessa esteira, discorre Oliveira, “a nova ordem constitucional passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transforme em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado” (Oliveira, 2008). Cintra, Grinover e Dinamarco advertem ainda que “todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (Cintra, et al., 2003).

#### **3.2 Alguns apontamentos sobre o devido processo legal e o contraditório e ampla defesa**

A Constituição Federal consagrou em seu título destinado aos direitos e garantias fundamentais que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CF). Trata-se, portanto, de garantia basilar do indivíduo, que não pode ter contra si um instrumento cautelar despido do itinerário processual previsto na legislação. Em âmbito penal, Tucci o intitula de devido processo penal.

O ‘due process of law’ é a garantia individual de que o processo assegurará as garantias fundamentais de cada pessoa. “O processo é o ponto de convergência (...), é nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É através do processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce sua atividade jurisdicional e busca, para o

caso, a solução mais justa”.

Nesse diapasão, o devido processo constitui uma imperiosa necessidade para que as partes litigantes possam garantir os seus direitos, funcionando como uma dupla proteção ao indivíduo. Ao mesmo tempo em que materialmente protege o direito à liberdade, formalmente assegura a paridade de condições entre o Estado-persecutor e a defesa, que passa a ter uma série de garantias processuais, a exemplo do direito à defesa técnica, à ampla produção de provas, ao juiz natural e imparcial e à presunção de inocência, sem as quais o processo não será devido, isto é, padecerá da nódoa da ilegalidade.

Além disso, Puccinelli Júnior ainda acrescenta que o devido processo legal “impede a desnaturação do processo por meio de inovações legislativas tendentes a promover injustificável abolição de garantias e excessiva abreviação de ritos e formas, em flagrante prejuízo aos direitos subjetivos que deveria amparar”. Nas palavras de José Afonso da Silva:

Garante-se o processo e “quando se fala em processo, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregues pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques (Silva, 2014).

É por essa razão que Nery Júnior argumenta que as garantias fundamentais constantes do artigo 5º da CF são derivadas do devido processo legal, acrescentando que “bastaria à Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal e o caput e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despicindos” (Nery Jr., 2000).

Já com relação ao contraditório e ampla defesa, a Carta Magna de 1988, propulsora do processo penal constitucional, consagrou o postulado que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (artigo 5º, LV, da CF).

Definido também pela expressão latina *audiatur et altera pars* (cuja tradução livre significa “ouça-se também a outra parte”), o princípio do contraditório e da ampla defesa decorre justamente da bilateralidade processual, isto é, quando uma parte promove determinada acusação, a outra parte precisa ser ouvida, assegurando-se o seu direito de resposta.

Esta garantia estabelece, assim, que todas as partes se situam no mesmo plano processual, não devendo haver, sob nenhuma hipótese, desigualdade de condições entre elas. Lima aponta que o contraditório se constitui de dois elementos, sendo (i) o direito à informação e (ii) o direito de participação. No mesmo sentido caminha Greco Filho:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável (Greco Filho, 1996).

Vê-se, então, que pelo contraditório, o indivíduo possui a garantia de tomar conhecimento da acusação que pesa contra si e contraditar tudo o que fora argumentado pela parte adversa. Disso se tem que a ampla defesa decorre do direito ao contraditório, por isso mesmo estão intrinsecamente ligados, afigurando-se inconcebível se falar em um sem se falar do outro, sendo justamente por essa razão que a CF os previu num único dispositivo.

“Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”, defende Moraes. Assim, o acusado pode exercer no processo todos os mecanismos existentes e aptos a salvaguardar os seus direitos, sendo esta uma condição imposta pelo próprio Estado Democrático de Direito.

Greco Filho defende que como meios inerentes à ampla defesa estão (i) o conhecimento da acusação, (ii) a garantia de resposta à acusação, (iii) o acompanhamento da produção probatória e, se necessário, a produção de contraprova, (iv) a assistência técnica por advogado e (v) a possibilidade de impetrar recurso contra decisão desfavorável. Ressalte-se que “não é

suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los” (Fernandes, 2005)

Sobre a presença do acusado no processo, elucidativas são as palavras proferidas no julgamento do Habeas Corpus (HC) 86.634 pelo Supremo Tribunal Federal (STF):

O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. (...) O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do ‘due process of law’ e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados” (HC 86.634, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 18.12.2006).

Não é por outra razão que a Constituição, no próprio artigo 5º, assegura ao imputado um complexo de outros direitos que notadamente são contemplados pela ampla defesa. Cita-se a título exemplificativo: vedação à tortura e a tratamento desumano ou degradante (inciso III); inviolabilidade de domicílio, regra mitigada apenas por ordem judicial (inciso XI); obrigatoriedade de comunicação da prisão ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (inciso LXII); direito ao silêncio e garantia de assistência da família e de advogado (inciso LXIII); direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório policial (inciso LXIV); e direito ao habeas corpus, interposto sempre quando da ameaça à liberdade por ato ilegal ou abusivo (inciso LXVIII).

Para mais, tão importante é o princípio do contraditório e da ampla defesa que o STF considera que a falta de defesa constitui nulidade absoluta no processo penal (Súmula 523) e que a falta de intimação do denunciado para o oferecimento de contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, ainda que lhe tenha sido nomeado defensor dativo, também constitui nulidade (Súmula 707). O Supremo, no julgamento do HC 87114 em 4 de dezembro de 2009, também já consignou que “é nula a decisão que se remete, expressamente, a provas admitidas sem contraditório em contrarrazões de recurso”.

Também o Código de Processo Penal (CPP) estabelece que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (art. 261) e que “se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva” (art. 366).

Embora seja indiscutível a aplicação dos postulados do contraditório e da ampla defesa na fase processual, o mesmo não se pode dizer quanto à fase da investigação. Fernandes entende que inexistente contraditório durante o inquérito, tendo a CF o previsto apenas no processo judicial. Moraes segue na mesma direção, vez que “a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público”. A mesma linha também é adotada por Tourinho Filho.

Por outro lado, Zanoide de Moraes argumenta que a expressão “aos acusados em geral”, contida no inciso LV do artigo 5º da CF, contemplaria aqueles qualificados como suspeitos e indiciados, contra os quais, mesmo na fase investigatória,

já se pode aplicar medidas cautelares, como a prisão. Lopes Júnior argumenta que o termo “processo” abarca também o procedimento. O mesmo pensamento é adotado por Medauar, que sugere ser o inquérito um processo administrativo *sui generis*, no qual, mesmo não havendo partes, existe controvérsia a ser dirimida, a partir da investigação sobre a autoria e materialidade delitivas.

A controvérsia parece ser dirimida pela jurisprudência. No âmbito do STF, já fora há muito reconhecido “a inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial” e que “a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo” (RE 136239, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 07.04.1992). Já o STJ se pronunciou nos seguintes termos.

O inquérito policial, ou outro procedimento investigatório, constitui peça meramente informativa, sem valor probatório, apenas servindo de suporte para a propositura da ação penal. Eventual vício ocorrido nessa fase não tem o condão de contaminar a ação penal, sendo que a plena defesa e o contraditório são reservados para o processo, quando há acusação formalizada por meio da denúncia (RHC 19.543/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 11.02.2008).

Destaque-se, contudo, que a Suprema Corte brasileira não reconhece a validade de fundamento decisório baseado em prova obtida na investigação e não confirmada no processo, assinalando, nesses casos, que a condenação padece de nulidade, na mesma linha do que consignou o artigo 155 do CPP.

De todo modo, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994) garante ao advogado “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital” (art. 7º, XIV), ressalvadas as situações em que o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento promova risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (§ 11 do artigo 7º).

Seguindo a mesma linha, a Súmula Vinculante 14 também dispõe que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Deste modo, ainda que o contraditório esteja limitado na fase investigatória ao direito à informação, o investigado pode exercer o seu direito de defesa, inclusive por intermédio de defensor técnico, levantando questionamentos e requerendo diligências (art. 14 do CPP), além de fazer jus ao zelo às suas garantias fundamentais.

Como assentado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), “apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito (...) possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio e o de ser assistido por advogado” (STJ, RHC 34322, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02.05.2014).

Conforme visto, o contraditório e a ampla defesa são garantias indelévels da pessoa humana, não sendo admissível no Estado de Direito que sejam mitigados ou cerceados. A sua garantia é pressuposto de validade do processo penal.

### **3.3 Os limites dos direitos fundamentais: entre garantismo e impunidade**

Os direitos fundamentais, embora estampem garantias que, no Estado de Direito, são intrínsecas à própria condição de pessoa humana, sujeitam-se a restrições que mitigam a concepção de que são absolutos e/ou ilimitados. Tal pensamento de limitação é, inclusive, uma corrente do constitucionalismo contemporâneo.

Há muito tempo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já disciplinava em seu artigo 4º que “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. Estes limites

apenas podem ser determinados pela lei”.

Conforme pontuado por Andrade, “o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um conflito prático entre valores – entre os valores próprios dos direitos ou entre esses e outros valores comunitários” (Andrade, 1998). Em verdade, a existência de restrições aos direitos fundamentais reflete a necessidade social de compatibilizar os direitos individuais e os interesses da coletividade, não sendo automática a aplicação da limitação, mas decorrência das exigências de convivência.

O afastamento da concepção de direitos fundamentais absolutos, na medida em que, em nome da coletividade, uma garantia individual pode eventualmente ser mitigada, faz ressoar a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para dirimir as questões existentes na situação concreta. Neste caso, a proporcionalidade tanto impede que as garantias fundamentais tenham o seu conteúdo esvaziado, quanto evita que as referidas normas sejam aplicadas indiscriminadamente.

Aponta Mendes e outros que “qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade” (Mendes, 2009) aqui entendido segundo os critérios de adequação e necessidade, isto é, se o meio empregado é adequado a promover o resultado desejado e se não se poderia ter escolhido outra medida igualmente eficaz, mas menos gravosa ou menos limitadora ao direito fundamental.

A estes podem ser inclusos ainda os requisitos de jurisdicionalidade e motivação, vez que as restrições aplicadas às garantias individuais devem se submeter a controle jurisdicional prévio e a partir de decisões devidamente fundamentadas.

Perceba-se que tais regras se aplicam às medidas cautelares. Como já tratado em tópico anterior, o binômio necessidade-adequação deve ser observado quando da decretação de determinada medida (art. 282 do CPP), assim como a jurisdicionalidade, a motivação e a própria proporcionalidade (vide tópico 2.2).

A discussão acerca dos limites dos direitos fundamentais, no ponto a que interessa ao presente trabalho, traz consigo uma importante dicotomia entre garantismo e impunidade. Se de um lado há uma evidente preocupação com a incolumidade das garantias fundamentais do indivíduo, de outro lado surge uma crítica sobre as possíveis situações de não punição exemplar do transgressor da norma, em razão do arcabouço garantista que lhe cerca.

O chamado garantismo penal, cujas lições são capitaneadas por Luigi Ferrajoli a partir do final dos anos 1960 na Itália, defende a aplicação de um direito penal mínimo, utilizado como último recurso (*ultima ratio*) a proteger bens jurídicos relevantes, devendo “ser limitado a fim de permitir a cada um o gozo da maior liberdade compatível com a igual liberdade dos demais” (Cadermatori, 1999). Nas palavras do próprio Ferrajoli, ao mencionar as óticas pelas quais o garantismo deve ser compreendido:

Sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (Ferrajoli, 2014).

Nesse contexto, o modelo garantista de sistema penal impõe a observância de direitos e garantias individuais pelo *jus puniendi* estatal, constituindo aqueles um núcleo inegociável que norteia a ação do direito penal e limita o livre arbítrio punitivo, estabelecendo, assim, uma série de normas penais e processuais penais que, em suma e sinteticamente, garantem a rigidez dos direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Assim, como exposto por Ferrajoli, o sistema garantista se firma sobre dez pilares fundamentais que se constituem verdadeiras “regras do jogo fundamental”, bem expressadas por Greco da seguinte forma:

1. *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime); 2. *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei); 3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade); 4. *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa); 5. *Nulla injuria sine actione* (não há ofensa sem ação); 6. *Nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa); 7. *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo); 8. *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação); 9. *Nulla*

*accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas); 10. *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa). (Greco, 2014).

Compreende-se, nesta toada, que “referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias” (Fazzeroni, 2007).

Ocorre que, em contraponto à dita corrente minimalista (defensora do direito penal mínimo), há aqueles que, a exemplo de Fischer, defendem que no Brasil “se tem difundido um garantismo penal hiperbólico e monocular, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados” (Fischer, 2020), ou ainda um “garantismo à brasileira” predominantemente direcionado aos delitos de colarinho branco, restando aos crimes comuns a aplicação do rigor penal.

É inegável que a criminalidade em vigor hodiernamente possui novos instrumentos e atributos que não possuía outrora, de maneira que as novas formas do crime, a criminalidade organizada, as constantes descobertas de aparatos criminosos em espaços de poder político e econômico-financeiro, somente para citar alguns exemplos, demandam novos olhares sobre a aplicação e a efetividade das regras de tutela e de garantias.

A visão tradicional do garantismo penal, que o reduz a um instrumento meramente negativo, isto é, de proteção individual e de vedação de excessos, argumenta Sarlet (2004), acaba por privilegiar os criminosos poderosos, deixando muitas vezes impunes crimes de elevado potencial ofensivo ao interesse social. Nas palavras de Bedê Júnior e Senna:

Recentemente, a doutrina processual penal volta os olhos, numa clara visão reducionista, apenas para os direitos fundamentais do réu. Os defensores desse Garantismo Supremo, ao reconhecerem que o Estado é ontologicamente arbitrário e que jamais estaria correto em punir penalmente, atuam muitas vezes, [...] 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 e Senna, 2009).

A partir disso, na esteira de Carbonell e Salazar, defende-se um “garantismo dinâmico”, o qual tem a capacidade de transcender o processo penal e a proteção de garantias individuais, cujo objetivo, de acordo com Carvalho, é ampliar a garantia a outros direitos e criar espaços hábeis ao seu exercício, diferenciando-se da visão garantista tradicional que enxerga o Estado como uma figura essencialmente má, cuja força sempre será usada em detrimento do homem, sendo necessário refletir como Bobbio, todavia, que “não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal”.

Daí é que, seguindo as linhas de Feldens (2005) e de Magalhães, se propõe também uma dimensão positiva do garantismo, impedindo a proteção estatal deficiente, utilizando-se, portanto, do emprego do direito penal de forma mais rigorosa em situações que demandem a proteção de bens jurídicos valiosos, passando-se, portanto, a uma concepção garantista com duplo viés: um negativo, de vedação ao excesso, e outro positivo, de proibição da proteção deficiente, até porque, conforme apontam Hungria e Fragoso, “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 delinquência” (Hungria & Fragoso, 1976).

Na verdade, ambas as correntes possuem a sua parcela de contribuição à construção de uma persecução penal que solidifique os ditames constitucionais e as garantias individuais, sem deixar de cumprir o seu papel de investigação eficaz e, se

for o caso, de punição efetiva. É certo que o garantismo penal não constitui um sinônimo de impunidade, mas não pode significar, de igual modo, o império da absolvição ou da liberdade a qualquer custo, muito menos a ratificação da presença da deslealdade processual. Neste ponto, é valorosa a explanação 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, 2003).

Assim, parece-nos que a melhor compreensão conduz à utilização do que Fischer chama de garantismo penal integral, contemplando a aplicação dos direitos fundamentais sob as perspectivas dos direitos individuais e dos direitos sociais/coletivos. Em caso de colisão, na lição de Sanguiné, um ou outro pode ser restringido, sob a perspectiva da proporcionalidade, para que se viabilize a resolução do caso concreto, no entanto, jamais poderão ser anulados. Como ensinado por Roxin, o direito penal possui dois componentes, um correspondendo ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual e outro dizendo respeito ao Estado Social e preservador do interesse social, ainda que lhe custe a liberdade individual.

Em suma, o garantismo adequado ao direito contemporâneo, advoga Feldens, é aquele que se porta contrário à atuação penal constitucionalmente ilegítima e que permite a limitação à liberdade quando constitucionalmente autorizado e a carga probatória existente assim indicar, estabelecendo “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 coletivos” (Fischer, 2009).

#### **4. Conclusão**

Como se viu, ao mesmo tempo em que o processo penal atua como instrumento limitador do punitivismo estatal, e, portanto, como garantia da pessoa humana, exerce também a função de legitimador da persecução penal como um todo e dos seus mecanismos.

É pelo processo que se verifica, no caso concreto, a inocência ou a culpabilidade do acusado, e por essa razão esse instrumento é dotado de direitos e garantias fundamentais do homem, a exemplo do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa e da não autoincriminação. Garantindo todos esses fundamentos, o processo penal legitima o jus puniendi. Do contrário, haverá ampla ilegalidade.

Como defendido por Lopes Júnior, “para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal” (Lopes, 2001). Sem processo, não há espaço para a eventual responsabilização do indivíduo por suposto crime por ele praticado ou do qual tenha participado, e a concretização de um processo justo só se dá com o devido respeito e observância às garantias constitucionais.

Assim, o princípio do devido processo legal possui a condição de garantia que pretende evitar arbitrariedades e abusos na condução da persecução criminal, proibindo-se que a privação de liberdade de um sujeito ocorra sem a confirmação de todas as suas garantias. O direito a um devido processo compreende, dessa forma, a reunião das garantias fundamentais do homem, que atuam como limite à tutela cautelar e ao jus puniendi como um todo.

Com feito, deve-se combater, dessa forma, tanto a atuação estatal excessiva, quanto a utilização abusiva do direito de defesa com práticas processuais desleais. As garantias fundamentais não podem ser encaradas como geradoras de impunidade. Pelo contrário, são legitimadoras do jus puniendi estatal. Sem elas, a persecução penal poderia tornar-se um instrumento completamente abusivo, o que colocaria em xeque a própria noção de Estado de Direito.

Por fim, para os trabalhos futuros é aconselhável evidenciar algum caso notório no âmbito jurídico nacional, onde ocorra a prevalência da pretensão punitiva estatal em face dos direitos e garantias reais do acusado, de modo a exemplificar as discussões trazidas neste artigo. Continuadamente, pode ser apresentado dados estatísticos, devidamente embasados, de modo a corroborar o entendimento do leitor sobre a realidade do Brasil, bem como um comparativo com outros sistemas jurídicos do mundo.

## Referências

- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. (pp. 295-296). Malheiros.
- Andrade, J. C. V. (1998). *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. (pp. 213-214). Coimbra: Almedina.
- Badaró, G. H. R. I. (2016). *Processo penal*. (4. ed.): *Revista dos Tribunais*.
- Barroso, L. R. (2010). *Curso de direito constitucional contemporâneo*. (2a ed.). São Paulo: Saraiva.
- Bobbio, N. (1999). *As ideologias e o poder em crise*. (4. ed. pp. 96-97). Brasília: Fernandes, Antonio Scarance. (2002). *Processo Penal Constitucional*. (3 ed. p. 13). São Paulo: *Revista dos Tribunais*.
- Bobbio, N. (2004). *A ero dos direitos*. (p. 87). Elsevier.
- Brandão, C. (2014). *Tipicidade e interpretação no direito penal*. (pp. 59-89, 79.). Florianópolis.
- Cademartori, S. (1999). *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. (p. 93): Livraria do Advogado.
- Carvalho, A B. (2013). *Direito penal a marteladas. Algo sobre Nietzsche e o direito*. (pp. 21-22): Lumen Juris.
- Cintra, A. C. A., Dinamarco, C. R., & Grinover, A. P. (2003). *Teoria geral do processo*. (19a ed. p. 35): Malheiros.
- Chiovenda, G. (1928). *Principii di diritto processuale civile*. (4a ed. p. 81) Nápoles: Nicola Jovene.
- Delmanto, R. Jr. (2001) *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. (2a ed.): Renovar.
- Feldens, L. (2005). *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Feldens, L. (2012). *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*. (2a ed.): Livraria do Advogado.
- Fernandes, A. S. (2005). *Processo penal constitucional*. (4a ed. p. 61). Quileditora
- São Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. (4a ed.). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. (4a ed. p. 786). *Revista dos Tribunais*.
- Fischer, D. (2020). *Não há Direito Fundamental à Impunidade – Algumas considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas*. (n. 63, pp. 9-18). *Revista dos Tribunais*.
- Greco, R. (2007). *Curso de direito penal - parte geral*. (Vol. 1., 8a ed. pp. 12-13). Impetus.
- Greco, R. (2020). *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. (11a ed.). Impetus.
- Greco, V. F. (1989). *Tutela constitucional das liberdades*. Saraiva.
- Greco, V. F. (1996). *Direito processual civil brasileiro*. (Vol. 2a ed. p. 90). Saraiva.
- Hungria, N., & Fragoso, C. H. (1976). *Comentários ao Código Penal*. (Vol. I. 5a ed. p. 67). Forense.
- Lima, R. B. (2015). *Manual de Processo Penal*. (3a ed.): Jus Podivm.
- Lopes, A. Jr. (2014). *Direito Processual Penal*. (11a ed), Saraiva.
- Lopes, A. Jr. (2011). *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. (Vol. 1. (8a ed.) p. 12). Lumen Juris.
- Magalhães, V. C. (2020). *Garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista*. (17(290. 185-199). *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro.

- Medauar, O. (1993). *A processualidade no direito administrativo*. Revista dos Tribunais.
- Mendes, G. F. (2009). *Curso de direito constitucional*. (4a ed.). Saraiva.
- Moraes, A. (2003). *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. (5a ed. pp. 46-47). Atlas.
- Moraes, A. (2015). *Direito constitucional*. (31a ed. p. 112). Atlas.
- Moraes, M. Z. (2010). *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Lumen Juris.
- Nery Júnior, N. (2000). *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. (6a ed. p. 41). Revista dos Tribunais.
- Oliveira, E. P. (2008). *Curso de processo penal*. (9a ed. pp. 7-8). Lumen Juris.
- Oliveira, M. M. (2018). *Como Fazer Pesquisa Qualitativa*. Petrópolis, Vozes
- Piovesan, F. (2003). *Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana*. In George Leitte Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. (p. 18). Malheiros.
- Puccinelli Júnior, A. (2013). *Curso de direito constitucional*. (3a ed. p.295). Saraiva.
- Prado, G. (2014). *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. (p. 17). São Paulo: Marcial Pons.
- Roxin, C. (1988). *Problemas fundamentais de direito penal*. (3a ed.). Coleção Veja Universitária.
- Silva, J. A. (2014). *Curso de direito constitucional positivo*. (37a ed. pp. 434-435). Malheiros.
- Sanguiné, O. (2014). *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Forense.
- Sarlet, I. W. (2010). *A eficácia dos direitos fundamentais*. (2a ed. p. 60). Livraria do Advogado.
- Tucci, R. L. (2002). *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. (p. 42.) Revista dos Tribunais.
- Tucci, R. L. (2004). *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. (2a ed.). Revista dos Tribunais.
- Tourinho, F. C. F. (2010). *Processo penal*. (Vol. 1). Saraiva.
- Zaffaroni, E. R. (2007). *O inimigo no Direito Penal*. (2a ed. p. 173). Revan.