



Garantismo penal à brasileira

Selma Pereira de Santana

Promotora de Justiça Militar

Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RESUMO: Este artigo apresenta uma avaliação crítica da interpretação majoritária brasileira a respeito do garantismo penal, ressaltando a circunstância de que esse contexto encontra-se marcado por uma forte tendência no sentido de conferir uma prevalência indiscriminada aos direitos fundamentais individuais sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, ignorando a real necessidade de proteção de bens jurídicos, tanto individuais, como coletivos, bem como, a proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e / ou processados.

PALAVRAS-CHAVES: Garantismo penal; direitos individuais; direitos coletivos; hipossuficiência; Ministério Público.

ABSTRACT: This article presents a critical appraisal of the Brazilian majority interpretation about the criminal garantism, emphasizing the circumstance that this context is marked by a strong tendency towards conferring an indiscriminate prevalence to individual fundamental rights instead to other rights, values, principles and constitutional rules, ignoring the real need for protection of legal rights, both individual and collective, as well as the active protection of the interests of the society and the investigated and /or prosecuted.

KEYWORDS: Criminal garantism; individual rights; collective rights; lack of assets; Public Prosecutor.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Contexto histórico para o surgimento do garantismo penal – 3. Aportes teóricos acerca da teoria garantista – 4. O garantismo penal à brasileira – 5. A hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos supra-individuais: alguns fragmentos do discurso de resistência – 5.1. A (im)possibilidade de o Ministério Público realizar procedimentos investigatórios – 5.2. A suspensão da pretensão punitiva do Estado e a extinção de punibilidade para os crimes de natureza tributária – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Propomo-nos apresentar uma avaliação crítica da interpretação majoritária brasileira a respeito do garantismo penal – cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli. De antemão, chamamos a atenção para a circunstância de que esse contexto encontra-se marcado por uma forte tendência no sentido de conferir uma prevalência indiscriminada aos direitos fundamentais individuais sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais.

Essa realidade ignora a real necessidade de proteção de bens jurídicos tanto individuais, como coletivos, bem como, a proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e / ou processados. Em suma, protegem-se majoritariamente direitos individuais fundamentais, concedendo-lhes um tratamento desproporcional em relação aos demais direitos fundamentais que compõem o conjunto de bens e valores que possuem proteção constitucional.

Para a concretização do nosso propósito, faremos um discurso e um percurso com passagem por nódulos emblemáticos, quais sejam:

contexto histórico para o surgimento do garantismo penal; aportes teóricos acerca da teoria garantista; o garantismo penal à brasileira; alguns fragmentos do discurso de resistência: a (im) possibilidade de o Ministério Público realizar

procedimentos investigatórios; a suspensão da pretensão punitiva do Estado e a extinção de punibilidade para os crimes de natureza tributária.

2. CONTEXTO HISTÓRICO PARA O SURGIMENTO DO GARANTISMO PENAL

Desde o final do feudalismo e durante os primórdios do liberalismo, a organização do Estado baseou-se na tese rousseaniana (ROUSSEAU, 1996) acerca da existência de uma espécie de contrato social, mediante o qual cada indivíduo abriria mão de uma parcela de sua autonomia a fim de que fosse viabilizada a convivência social.

Os indivíduos deixariam seu estado natural e passariam a viver, de forma vantajosa, em sociedade. Haveria uma limitação da vontade individual pelas regras ditadas pelo *pactum societatis*. A convivência social seria garantida pelo Estado, detentor, de forma exclusiva, do *jus puniendi* para controlar as condutas nocivas aos interesses da comunidade.

Tendo por base essas premissas, Beccaria¹ construiu seu pensamento que viria, mais tarde, ser a base do discurso criminal da atualidade.

O Direito Penal é, assim, visto por Beccaria (1998), um instrumento de limitação da liberdade dos indivíduos. Um instrumento legítimo, desde que em tais limitações se contemple o quantum necessário de modo a assegurar

¹ 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 a oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social esta 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, 2002, p. 33).

o bem comum. As limitações à afirmação da própria liberdade devem ser aquelas que, na sua ausência, impediriam a realização do objetivo pelo qual os homens se uniram em sociedade.

Os homens, na lógica interna das contrapartidas ínsita na ideia de contrato, não cederam gratuitamente a sua liberdade. Fizeram-no tendo em vista um preciso fim: a defesa das condições essenciais da vida individual e coletiva.

O que implica, bom é ver, que todas as outras limitações do legislador penal que não estejam ligadas à efectivação daquele objectivo se devam considerar, pura e simplesmente, ilegítimas. É assim propugnado um uso parco, cauto e racionalmente fundamentado do direito penal. Aquela utilização que seja, na verdade, a expressão clara e inequívoca de *ultima et extrema ratio*².

A partir do final do século XVIII, os direitos fundamentais ascenderam politicamente, com o impulso provocado pelas revoluções liberais na França e nos EUA, aparecendo no cenário jurídico como setores impenetráveis da autonomia individual³. A percepção de que os indivíduos têm antes direitos e, somente depois, obrigações perante o Estado lançou os direitos fundamentais a um nível de imprescindibilidade na sociedade⁴.

Há quem entenda que o garantismo penal teria surgido na Europa continental como uma corrente da Criminologia Crítica. O garantismo, ressalte-se, teve como dado propulsor do seu surgimento e crescimento o uso flexível

² Conforme Faria Costa, em ensaio introdutório de Beccaria, 1998.

³ De acordo com José Carlos Vieira de Andrade, na perspectiva moderna de que as liberdades individuais não podem ser mais vistas de forma absoluta em relação aos demais direitos fundamentais, a liberdade contida nos direitos fundamentais não corresponde a uma emancipação anárquica, mas sim à autorresponsabilidade na atuação económica e social. (2009, p. 156).

⁴ A deflagração da Revolução Francesa, amparada no ideário de liberdade individual e política, determinou o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, marcados pela característica da ausência do Estado nas questões individuais: os direitos civis e políticos. Posteriormente, os de segunda geração: os direitos sociais ou direitos à prestação, tais como o direito ao trabalho, à seguridade, à segurança, lazer, moradia; os de terceira geração: os de natureza difusa, e os de quarta geração: os direitos de minorias, ou ainda, os direitos humanos à democracia, ao pluralismo e à informação. (SILVA NETO, 2010, p. 637-638).

e circunstancial do Direito Penal pelo Poder Público, quando ele passou a ser utilizado como instrumento acadêmico-doutrinário de reação à forma de agir do governo.

O governo italiano, na década de 70, teve que enfrentar grupos políticos que se utilizavam de práticas terroristas para fazer prevalecer seus propósitos. Nesse contexto, surgiu o garantismo penal, como resposta à emergência da legislação antiterrorista então editada. O garantismo almejava impor limites às manifestações penais de regimes governamentais com caracteres fascistas.

Luigi Ferrajoli⁵ (ex-magistrado e professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino) é considerado o maior representante do garantismo penal. Ele travou intensa luta através de artigos jornalísticos e debates políticos ocorridos durante a explosão de violência entre o governo italiano e grupos políticos opositores. Essa luta de Ferrajoli deu origem à sua tese a respeito do garantismo. Sua teoria, portanto, foi construída no contexto de uma legislação de emergência elaborada por um Estado que buscava reprimir os terroristas.

A teoria do garantismo penal não é adotada, de forma majoritária, na doutrina estrangeira, sobretudo, nos países da Europa Continental. Diferentemente, na América Latina, o garantismo encontrou ambiente propício ao seu acolhimento e expansão, em face dos governos autoritários que, a partir da década de 60, atuaram, em especial, no Brasil, desrespeitando os direitos individuais.

No Brasil, houve um período ditatorial longo (1964-1985), quando garantias foram desrespeitadas, sob a justificativa da busca de “segurança da sociedade” contra a “ameaça comunista”. Houve, nesse tempo, um sem número de mortos e desaparecidos, torturados, e uma passagem para a democracia marcada pela impunidade. Esse era, enfim, o ambiente propício para se justificar o garantismo, apenas, na proteção do indivíduo contra os abusos e arbitrariedades do Estado.

⁵ A teoria do garantismo penal é originária de um movimento do uso alternativo do direito nascido na Itália, nos anos setenta, por intermédio de juizes do Grupo Magistratura Democrática (dentre eles, Ferrajoli).

Como bem assinala Borges de Mendonça (2010, p. 179), o pêndulo que, na época da ditadura estava todo voltado para a suposta proteção do Estado, em detrimento das garantias do acusado, não pode simplesmente oscilar totalmente para o outro lado, descurando-se do interesse da sociedade e da proteção de bens jurídicos que se encontram, também, tutelados na Constituição. Em outras palavras, entre o hipergarantismo e o Direito Penal do Inimigo, o intérprete deve buscar o justo equilíbrio entre garantismo e eficiência, de sorte que o movimento pendular da história não se distancie do ponto médio entre a proteção à liberdade e a segurança da sociedade.

3. APORTES TEÓRICOS ACERCA DA TEORIA GARANTISTA

Ferrajoli sustenta que a divergência entre a normatividade do modelo penal garantista, a nível constitucional, e sua ausência de efetividade nos níveis hierárquicos inferiores fez surgir, no campo penal, a orientação conhecida como garantismo. Essa mesma divergência comporta o risco de fazer daquele modelo uma simples fachada, com “meras funções de mistificação ideológica do conjunto” (1997, p. 851).

Para ele, é possível distinguir três acepções da palavra garantismo.

Segundo uma primeira acepção, garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao Direito Penal, o modelo da estrita legalidade, próprio de um Estado de Direito. Essa acepção, em um plano epistemológico, caracteriza-se como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; em um plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e, em um plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. *En consecuencia, es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva* (1997, p. 852).

Em uma segunda acepção, garantismo designa uma teoria jurídica de validade e da efetividade, como categorias distintas não somente entre si, mas, também, referentemente à existência ou à vigência das normas. Neste sen-

tido, a palavra garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito.

Em uma terceira e última acepção, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado a obrigação da justificação externa conforme os bens jurídicos e os interesses cuja tutela e garantia constitui precisamente a finalidade de ambos.

En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre ‘ser’ y ‘deber ser’ del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista unicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado (1997, p.853).

Essas três acepções de garantismo delineiam os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade; a autonomia e a precedência do primeiro e um certo grau irredutível da ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele. *Estos elementos no valen solo en el derecho penal sino también en los otros sectores del ordenamiento (1997, p. 854).*

O sistema garantista tem suas bases firmadas em dez axiomas fundamentais, não deriváveis entre si. Esses axiomas, aliás, garantias penais e processuais penais, são, respectivamente:

- a) princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em face do delito cometido;
- b) princípio da legalidade, em sentido lato ou estrito;
- c) princípio da necessidade ou de economia do direito penal;
- d) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato;
- e) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;

- g) princípio da jurisdicionalidade⁶, em sentido lato ou estrito⁷;
- h) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- i) princípio do encargo da prova;
- j) princípio do contraditório.

Estes dez princípios, ordenados e conectados sistematicamente, definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal. Para Ferrajoli (1997, p. 93), o conjunto pode parecer algo complicado. Na realidade, há que se observar que esses princípios elencados funcionam como guias na configuração de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente para se viabilizar a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

4. O GARANTISMO PENAL À BRASILEIRA

Estabelecido o marco histórico que justificou a adoção da teoria garantista pelo Brasil, bem como as premissas caracterizadoras de sua essência, cumpre-nos demonstrar que, sem significar um retorno à maximização da tutela penal⁸, diversamente do que tem sido interpretado, no sentido de que ele dirige-se, tão somente, à proteção de interesses e direitos fundamentais individuais, o garantismo tem, como tese central, a necessária observância dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), como, outrossim, os deveres fundamentais (seja do Estado, seja do cidadão), fixados na Constituição.

⁶ Os princípios da legalidade estrita e da estrita jurisdicionalidade alicerçam a base epistemológica garantista com vistas a assegurar o máximo grau de segurança jurídica e, por conseguinte, otimizar a tutela dos valores e direitos assegurados aos cidadãos, afastando a arbitrariedade estatal (especificamente, no âmbito judicial).

⁷ O princípio da jurisdicionalidade estrita, segundo Ferrajoli, enquanto vetor das garantias processuais penais, assegura a verificação imparcial dos casos concretos, devendo ser observadas questões ligadas ao ônus da prova (à carga da acusação) e aos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório (garantidos ao acusado) no âmbito de uma relação processual regida pelo princípio do devido processo legal.

⁸ Mister se faz lembrar o pensamento da “Escola de Frankfurt” que critica severamente o entendimento de que o Direito Penal estenda seu objeto além dos limites que tradicionalmente tem sido dado à proteção dos bens jurídicos clássicos. Por trás dessa crítica existe a idéia de que a intervenção do Direito Penal a novos setores, dentre os quais, a economia, sacrificaria garantias essenciais do Estado de Direito.

Importa ressaltar que os marcos teóricos dos quais partiram as ideias e conclusões a serem apresentadas foram o Garantismo Penal⁹ (integral) e a nova tendência interpretativa constitucional, que se pauta nas diretivas assumidas no âmbito do Estado Constitucional de Direito (paradigma neoconstitucionalista).

O Garantismo Penal Integral decorre da necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e /ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas, também, os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição¹⁰.

O Neoconstitucionalismo¹¹ pretende a superação do Positivismo Jurídico em sede de interpretação constitucional. Este novo paradigma caracteriza-se por apresentar proposta de hermenêutica constitucional com nova concepção de norma jurídica, do problema das fontes do direito e dos métodos de interpretação; defender a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social; entender o direito como instrumento de transformação da realidade física, ao invés de se converter em simples reprodutor desta realidade¹².

De acordo com entendimento de Susanna Pozzolo¹³, os caracteres do Neoconstitucionalismo, no âmbito interpretativo podem ser sintetizados nas seguintes formulações: princípios versus normas: com isso, defende-se que o ordenamento jurídico não se compõe somente de normas, mas de normas

⁹ No entanto, o certo é que, independentemente de certas divergências teóricas, o garantismo penal é um segmento teórico que encontra supedâneo no paradigma do neoconstitucionalismo, configurando tal aproximação legítima justificativa para propugnar um Garantismo Penal Integral. Ou seja, o pano de fundo neoconstitucionalista, nos quadros de um modelo garantista penal integral, traduz a necessária tutela abrangente dos valores fundamentais (individuais e sociais - coletivos) – característica das mais marcantes do neoconstitucionalismo (qual seja: a proteção irrenunciável dos direitos fundamentais individuais e coletivos).

¹⁰ Neste sentido, Douglas Fisher (2010 p. 48).

¹¹ Écio Oto Ramos Duarte (2009, p. 67)

¹² Conforme Johnson Barbosa Nogueira (2006, p. 6).

¹³ Neoconstitucionalismo y Especificidad de la interpretación Constitucional, p. 340-342 (apud Manoel Jorge e Silva Neto, 2010, p.107).

e princípios; ponderação versus subsunção: diante da existência de princípios, exige-se uma teoria interpretativa diferente da clássica subsunção, quando malgrado a antinomia entre eles, devem ser sopesados mediante o juízo de ponderação; Constituição versus independência do legislador: significa dizer que a norma constitucional deve funcionar, sempre, como um guia ao legislador a partir e com fundamento no qual promove as suas escolhas políticas, quando da edição da lei; juízes versus liberdade do legislador: ultrapassada que está a técnica da subsunção diante da presença de princípios constitucionais (ou normas- princípio), ao juiz se impõe o encargo de contígua adequação da lei às prescrições constitucionais.

A propósito, e já fazendo o enquadramento do tema, Ferrajoli (2007, p. 19) propõe a seguinte definição teórica (formal) de direitos fundamentais:

son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Explicando melhor, para Ferrajoli, como bem assinala Miguel Carbonell¹⁴, a expressão “garantia” refere-se a uma técnica normativa de tutela de um direito subjetivo (sem destaque que seria, exclusivamente, um direito subjetivo individual). Enfatiza que direitos subjetivos fundamentais individuais são aqueles relacionados com os direitos negativos, aos quais correspondem proibições de “não lesionar”, como, outrossim, direitos positivos, como aqueles de natureza social ou difusa, aos quais correspondem obrigações de prestações por parte dos poderes públicos.

¹⁴ Para Ferrajoli, pode haver garantias positivas e garantias negativas; as primeiras obrigariam a abstenções por parte do Estado e dos particulares em relação a algum direito fundamental, enquanto que as segundas gerariam obrigações de atuação positiva para realizar a expectativa que derive de algum direito. (CARBONELL, 2005, p. 182).

Estado de Direito, segundo Ferrajoli, é sinônimo de “garantismo” (1997, p. 856), designando não somente um Estado legal ou regulado pela lei, senão um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado, no plano substancial, pelo funcionamento de todos os poderes do Estado para garantir os direitos fundamentais do cidadão, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, ou seja, das proibições de lesar os direitos de liberdade e as obrigações de dar satisfação aos direitos sociais.

Sob uma perspectiva liberal, concebeu-se o Estado de Direito como limitado, tão somente, por proibições, em garantia dos direitos do cidadão de não ser privado de bens pré-políticos da vida e das liberdades. Com efeito, as garantias liberais ou negativas consistem, unicamente, em deveres públicos negativos de não fazer, que tem conteúdo prestações negativas ou não prestações.

Enfatiza Ferrajoli (1997, p. 861) que as Constituições mais recentes tem reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais, paralelos aos tradicionais direitos de liberdade: direitos à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia, à informação. A diferença dos direitos de liberdade, que, na realidade, são direitos aos quais correspondem proibições, ou deveres públicos de não fazer, os direitos sociais são direitos que deveriam corresponder obrigações, ou deveres públicos de fazer.

La noción liberal de ‘estado de derecho’ debe ser, en consecuencia, ampliada para incluir también la figura del estado vinculado por obligaciones además de por prohibiciones. Diremos por conseguinte que cuando un ordenamiento constitucional incorpora solo prohibiciones que requieren prestaciones negativas en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como estado de derecho liberal; cuando por el contrario incorpora también obligaciones que requieren prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como estado de derecho social¹⁵.

¹⁵ O paradigma constitucional inclui, de acordo com Ferrajoli, os seguintes grupos de direitos fundamentais: direitos políticos (ou de autonomia pública), direitos civis (ou de autonomia privada), direitos liberais (ou de liberdade) e direitos sociais. (MARTÍ MARMOL, 2005, p. 384).

O Estado de direito liberal deve não piorar as condições de vida dos cidadãos. Por sua vez, o Estado de direito social deve também melhorá-las. Essa diferença corresponde à diferença da natureza dos bens assegurados pelos dois tipos de garantias. As garantias liberais ou negativas, baseadas em proibições, servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré-políticas da existência: a vida, as liberdades, as imunidades, frente aos abusos do poder e hoje, há que ser acrescentado, a nocividade do ar, da água e, em geral, do meio ambiente. As garantias sociais ou positivas, baseadas em obrigações, permitem, diferentemente, pretender ou adquirir condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, a moradia, a educação, etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e tem uma função conservadora; as segundas estão dirigidas para o futuro e tem um alcance inovador. *Todo esto justifica, a mi entender, una redefinición del concepto de 'democracia'. Llamaré democracia sustancial o social al 'estado de derecho' dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales.* (FERRAJOLI, 1997, p. 863-864).

Ademais, ressalta o autor (2004, p. 31) não ser possível se falar em democracia, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos se não for considerada a Declaração Universal dos Direitos da ONU, bem como os Pactos sobre os Direitos de 1966.

O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶, que serviu de base para muitos dos dispositivos da Constituição brasileira, revela que há obrigatoriedade de proteção a direitos individuais e coletivos e que seja considerada a existência, também, de deveres fundamentais.

Na Constituição brasileira de 1988 os direitos fundamentais apresentam-se num amplo rol de direitos previstos expressamente no texto constitucional, conquanto sejam favorecidos por uma cláusula de abertura material.

Nos termos do artigo 4º, II, da Carta Federal, a República brasileira reger-se-á “pelo princípio da prevalência dos direitos humanos e que a dignidade humana é um dos seus fundamentos” (CF, art. 1º, III). A cláusula de abertura material encontra-se expressa no parágrafo 2º do artigo 5º da CF (os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros,

¹⁶ Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 26 de agosto de 2011.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte).

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 97) aponta que não é demais lembrar que a Constituição de 1988 consagrou a idéia de abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos aos direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Admite o autor a existência e admissibilidade de direitos não escritos, ou de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados¹⁷.

A Constituição Federal brasileira é garantista e tem suas bases nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito. Tal opção é revelada, por exemplo, na opção pela estrutura dialética do processo judicial, do contraditório, da ampla defesa, do princípio da culpabilidade, etc. Ocorre, contudo, que a prática no âmbito do Direito Penal¹⁸ e do Direito Processual Penal, ignorando que normas de hierarquia inferior ou decisões judiciais não podem restringir o que já se encontra delineado constitucionalmente, em termos de direitos e deveres fundamentais, como, ainda, que os comandos constitucionais funcionam como ordenadores¹⁹ aos criado-

¹⁷ Há controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a exata extensão da cláusula da abertura material dos direitos fundamentais, como, ainda, a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais não escritos ou implícitos, como defende Sarlet.

¹⁸ Exemplo disso é a Lei brasileira 10.684/2003 (altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências) na qual se percebe que bens jurídicos representativos de interesses coletivos são rebaixados axiologicamente e equiparados a outros bens de relevância individual, privilegiando-se o individual em detrimento do coletivo. Essa lei estabeleceu a extinção de punibilidade quando a pessoa jurídica efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. Tal previsão demonstra que para os Poderes Executivo e Legislativo é mais grave furta e praticar estelionato do que sonegar tributos e contribuições sociais, já que para aqueles inexistente semelhante benefício legal.

¹⁹ (...) *a Constituição quem define as obrigações essenciais do legislador perante a sociedade. Ora, esta função de proteção activa da sociedade configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores* (MARIA FERNANDA PALMA, 2006, p. 106-107).

res²⁰ e aplicadores das leis, tem demonstrado que não há consenso acerca do alcance do garantismo, revelando, todavia, uma forte tendência por considerar que ele dirige-se, tão somente, à defesa dos *direitos fundamentais individuais*, desprezando os de natureza coletiva. Tal opção só pode ser justificada por uma racionalidade gadameriana no sentido de que a compreensão do texto constitucional decorre de uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos.

A Constituição brasileira foi promulgada em 1988 e, entretanto, persistimos apegados a um modelo liberal-individualista, sem reunirmos condições suficientes para o trato de conflitos envolvendo bens jurídicos coletivos²¹, que, aliás, integram, de forma majoritária, o cenário do contexto pelo qual atravessa a sociedade brasileira. Encontramo-nos no século XXI, contudo,

²⁰ *A eficácia jurídica imediata que hoje se reconhece aos direitos fundamentais traduz a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei transitou-se para a ideia de lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais. De imediato, e de acordo com a concepção liberal de direitos fundamentais como direitos de defesa perante os poderes, a “actualidade vinculante” significava indisponibilidade (pelo menos no seu cerne essencial) desses direitos pelo legislador e possibilidade de invocação dos mesmos contra as próprias entidades legiferante. Todavia, quando se fala em violação dos direitos fundamentais pelo legislador pensa-se em actos positivos de legiferação, não se colocando o problema da lesão através de comportamento omissivo. Mas, como grande parte das “acções constitucionais” e dos movimentos sociais demonstram, o problema da violação de direitos prende-se também com a “falta de prestações” e com a inércia normativa dos órgãos de direcção política” (CANOTILHO, 1994, p.363).*

²¹ Como ressalta Lenio Streck, o que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas de apego exacerbado ao liberalismo e os que buscam a guarida penal de bens supra-individuais, é que estes sempre buscam introjetar na concepção de bem jurídico penal a ideia de que uma série de valores constitucionais de feição coletiva necessita de proteção penal, enquanto aqueles (apegados às concepções do liberalismo clássico), resistem a tanto, obstaculizando a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade, sob o argumento de que tal concepção implicaria uma “indesejada ampliação das barreiras do direito penal”. “Por isso, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um) a função transformadora – continuam a falar na mítica figura do Leviatã, repressinando – para mim de forma equivocada – antiga problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade (sic)”. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em 27 de agosto de 2011.

lidamos com estruturas valorativas típicas do início dos séculos XVIII e XIX, sem identificarmos, de forma adequada, os novos valores decorrentes das novas necessidades individuais e sociais²².

No cotidiano do aplicador do Direito, muitas das manifestações e posicionamentos lastreiam-se em juízos e conceitos equivocados, ou deturpados, ao se reportarem ao garantismo penal, consubstanciando-se, por exemplo, em teses de defesa que representam um verdadeiro apanágio à impunidade, sobretudo, dos agentes integrantes dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social²³, acabando por gerar uma desproteção sistêmica.

Admitimos que, possivelmente, nos primeiros contatos, a obra de Ferrajoli possa transmitir a ideia de que a teoria garantista teria como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais estabelecidos na Constituição. Ocorre, contudo, como ficou demonstrado, e ao nosso entender, embora reconheçamos que há proposições contrárias ao pensamento que desenvolvemos, que o garantismo penal, na realidade, não se lastreia exclusivamente nessa idéia, como se houvesse apenas a exigência de um não-fazer por parte do Estado²⁴.

²² Adverte Pacelli (2010, p. 19) que a questão garantista, ainda, vem sendo posta ao nível de um patrulhamento ideológico, do qual emerge sempre a pergunta, tida como definitiva e soberana: você é ou não a garantista? Se a resposta for tão singela quanto a indagação, o alinhamento é automático: vanguarda do bem ou retaguarda do mal. Sem meio termo, sem meia verdade, sem dúvida alguma.

²³ Costume-se ignorar o alerta feito por Ferrajoli no sentido de que o Estado deve preocupar-se notadamente com as infrações cometidas pelos caballeros – corrupção, balanços falsos, valores sem origem e ocultos, fraudes fiscais ou lavagem de dinheiro (2008, p. 200). A realidade revela que a ação interventiva do Direito Penal volta-se, quase que exclusivamente, à proteção de bens jurídicos de cunho liberal-iluminista, e tenta neutralizar a conduta delitiva das massas. Some-se a isso um discurso de resistência presente nos âmbitos legislativo, doutrinário e jurisprudencial no que se refere à integral tutela penal de bens jurídicos de relevância social, marcados pela nota da supraindividualidade.

²⁴ Canotilho chama a atenção para a circunstância de que, com base na dimensão subjetiva dos direitos sociais afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos (1999, p. 447).

Nesse sentido, se de um lado existe a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro, há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Não existe, apenas, o garantismo negativo, a partir da garantia de proibição do excesso, mas, outrossim, um garantismo positivo que, na perspectiva de Baratta (1999, p. 110), aponta para a resposta às necessidades de assegurar a todos os direitos, inclusive, os de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais), e não apenas aqueles que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular, contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas²⁵²⁶. Ressalte-se que a ordem jurídico-constitucional prevê direitos coletivos e sociais, como, ainda, deveres, conclusão essa facilmente alcançada se se realiza uma interpretação sistêmica dos enunciados da Carta Federal brasileira.

O Estado deve deixar ser perspectivado como inimigo dos direitos fundamentais, passando a ser encarado como auxiliar do seu desenvolvimento. Ao Estado não pode ser atribuída a ideia de que ele representa um guardião tão somente de liberdades negativas pela circunstância de que ele passou a ter a função de proteger a sociedade: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também, o compromisso de concretizar direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger²⁷ os indivíduos contra agressões advindas de comportamentos delitivos, razão pela qual

²⁵ No mesmo sentido, João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, nesse momento histórico, não exige tão somente a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Dessa maneira, é possível afirmar que a idéia de Estado de Direito demite-se da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos (1998).

²⁶ Roxin, ao se reportar às finalidades do Estado de Direito e ao Estado Social, afirma que o Direito Penal serve, ao mesmo tempo, para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Ao tempo que protege o indivíduo de uma repressão desmedida por parte do Estado, protege, da mesma forma, a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo (1998).

²⁷ Na Alemanha, o dever de proteção pode ser classificado da seguinte maneira: a) o *Verbotspflicht*, ou seja, o dever de se punir uma determinada conduta; b) o *Sicherheitspflicht*, o Estado tem o dever de proteger o cidadão contra ataques provenientes de terceiros, tendo que tomar medidas de defesa; c) o *Risikopflicht*, o Estado além do dever de proteção, deve atuar com o objetivo de evitar riscos para o indivíduo. (INGO RICHTER, SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE, 1986)

a segurança²⁸ passa a fazer parte dos direitos fundamentais²⁹. Intitulado de garantismo positivo, esse dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica a obrigação do Estado, nas hipóteses em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos.

Como acentua Douglas Fischer (2010, p. 48), de uma compreensão integral dos postulados garantistas decorre a conclusão da necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e /ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. “O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre acorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles”.

5. A HIPOSSUFICIENCIA DA PROTEÇÃO AOS BENS JURÍDICOS SUPRA-INDIVIDUAIS: ALGUNS FRAGMENTOS DO DISCURSO DE RESISTÊNCIA

A Constituição brasileira acolheu os direitos sociais, coletivos e difusos, a partir de uma perspectiva do Estado Social e Democrático de Direito – fato esse que por si só justificaria a superação da visão do Direito Penal alicerçado na tutela de conflitos de índole eminentemente individual. Ocorre, entretanto, que não há uma preocupação legislativa, dogmática e jurisprudencial tendente a fortalecer a tutela daqueles valores. Assiste-se a um movimento de resistência da tutela de bens jurídicos supraindividuais. A exemplificação pode ser elucidativa do que pretendemos demonstrar a respeito dessa realidade.

²⁸ Nesse sentido, Luciano Oliveira (2000, p. 244-245).

²⁹ Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em 27 de agosto de 2011.

5.1. A (im)possibilidade de o Ministério Público realizar procedimentos investigatórios

Encontra-se em análise no Congresso Nacional, a proposta de emenda à Constituição (PEC) 37, de 2011, de autoria do Deputado Federal Lourival Mendes (PT do B/MA). A proposta tem a finalidade de acrescentar um parágrafo 10 ao artigo 144 da Constituição Federal, e apresenta a seguinte redação:

§ 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1.º e 4.º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

A PEC 37 objetiva atribuir, apenas, às Polícias Federal e Civil a apuração de todos os crimes praticados no Brasil. Com isso, principalmente o Ministério Público, mas também, outros órgãos, como os Tribunais de Contas, as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), o Banco Central, a Receita Federal e as Receitas Estaduais, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), os Conselhos Tutelares, a Controladoria-Geral da União (CGU), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e vários outros, poderão ficar impedidos de investigar fatos que possam configurar crime, em tese.

O texto pretende inserir no ordenamento jurídico brasileiro inovação altamente lesiva ao interesse social. É reconhecido por todos o papel das polícias na persecução criminal, contudo, a exclusividade da investigação criminal pretendida insere restrição inadmissível e será desastrosa para a democracia brasileira, bem como para a eficiência do sistema criminal em que uma única instituição concentre todos os poderes investigatórios.

Tem sido objeto de candentes discussões, contrariando uma forte tendência mundial, tanto na perspectiva de um consenso doutrinário, como no ponto de vista legislativo, o poder investigatório do Ministério Público. Ressalte-se que, no Brasil, neste momento, detectam-se, sobremaneira, como envolvidos em práticas delituosas pessoas que exercem cargos e funções

nos Poderes Executivo e Legislativo³⁰, como, outrossim, outras integrantes dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social.

A discussão se mantém, mas lembremos que, em 10 de março de 2009, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, em votação unânime, que a Constituição Federal outorga ao Ministério Público poder investigatório. Como, ainda, em outubro do mesmo ano, a citada Turma reconheceu que o Ministério Público possui competência para realizar, por sua iniciativa e sob sua presidência, investigação criminal para formar sua convicção sobre determinado crime, desde que respeitadas às garantias constitucionais asseguradas a qualquer investigado.

Mais recentemente, O Supremo Tribunal Federal está, novamente, enfrentando a questão, desde 27 de junho do ano passado, com seis ministros (mais da metade) admitindo o poder de investigação do Ministério Público, todavia, quatro deles restringiram-no a situações excepcionais.

O Ministro Luiz Fux, naquele momento, pediu vista, e o julgamento foi suspenso. Em dezembro, ele votou de forma favorável ao Ministério Público, desde que mediante certas condições. Para ele, o entendimento de que apenas a Polícia pode investigar criará uma substancial dificuldade para a apuração de ilícitos tributários, ambientais e crimes cometidos contra a administração pública. Os votos dos ministros Cezar Peluso (hoje aposentado)

³⁰ Como exemplo de mais uma tentativa de se atingir o Ministério Público brasileiro, há o Projeto de Emenda Constitucional 75/2011, que prevê, dentre outras penalidades, a aplicação da pena de demissão dos integrantes do Ministério Público por decisão administrativa direta do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão de controle externo do Ministério Público.

Atualmente, a decretação da perda do cargo de membro do Ministério Público só pode ocorrer, conforme previsão expressa da Constituição Federal, após sentença judicial transitada em julgado, no que se denomina de garantia constitucional da vitaliciedade (art. 128, par. 5º, inc I, “a” – CF). Idêntica garantia é assegurada pela Constituição aos juízes integrantes do Poder Judiciário.

Busca-se abolir a garantia da vitaliciedade que tem, por objetivo, proteger a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário no exercício de suas funções constitucionais em defesa dos direitos da sociedade, evitando-se que o Parquet ou o Juiz de Direito responsáveis por assegurar a preservação da supremacia da Constituição e das Leis venham a ser alvo de perseguições políticas arbitrárias que possam resultar em suas demissões sumárias do serviço público.

e Ricardo Lewandowski foram mais restritivos, no sentido de que de que o Ministério Público só pode realizar investigações, quando envolver membros do próprio órgão e, no caso, de autoridades, policiais e terceiros, se a polícia se omitir. Faltam se pronunciar os Ministros Marco Aurélio Mello, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

Advogados e Delegados de Polícia, estes últimos subordinados ao Poder Executivo, e sem as garantias constitucionais, sobretudo, da inamovibilidade, sustentam, alguns agindo de má fé ou por erro de avaliação; que os membros do Ministério Público querem assumir os lugares dos Delegados de Polícia; que a Constituição Federal não autoriza o Ministério Público a investigar crimes diretamente, mas atribui à Polícia a exclusividade na investigação criminal; que a Polícia fica enfraquecida sem a competência exclusiva de investigação; que a Polícia é imparcial e que toda ela, na sua integralidade, apoia a PEC 37/11; que a comunidade jurídica, como um todo, apoia a PEC 37/11; que o Ministério Público não poderia investigar por estar encarregado de exercer a acusação no processo penal; a Polícia é mais preparada que o Ministério Público para a investigação; a PEC 37/11 evita abusos do Ministério Público e reforça a defesa dos direitos humanos; O Ministério Público deveria preocupar-se com as carências das Polícias; as atuais investigações feitas pelo Ministério Público não tem controle, e ocorrem de forma sigilosa; o Ministério Público quer escolher os casos a serem investigados; o Ministério Público só investiga casos que tem repercussão na imprensa.

Todas essas aleivosias, na realidade, demonstram além de uma tentativa de diminuir a investigação criminal, no nosso país, marcado pela impunidade, sobretudo em relação àqueles que detêm o poder público e outros que integram os grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, uma busca de hiperdimensionamento de uma carreira em detrimento de outra, ainda que se esteja em jogo, os interesses sociais, e a democracia do nosso país.

5.2. A Suspensão da pretensão punitiva do Estado e a extinção de punibilidade para os crimes de natureza tributária

Dispõe a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 (altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica e institui regime tributário de transição)³¹, no seu artigo 68º:

Art. 68³². É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

³¹ Antes desta lei, existiram as Leis 9.964/2000, 10.684/2003 e a Medida Provisória 303/2006 que dispunham sobre pagamentos e refinanciamentos.

³² Esse artigo 68 foi revogado pela Lei 12.382/2011, artigo 6º que estabelece que, atualmente, no parcelamento, a ação penal só é suspensa se ele ocorrer antes do recebimento da denúncia. Ressalte-se, contudo, que a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que se trata de hipótese de *novatio legis in pejus* e, portanto, não retroage, apliando-se, tão somente, aos crimes cometidos após o advento dessa nova lei.

Os artigos 1 e 2º da Lei 8.137/90 referem-se a crimes contra a ordem tributária:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

E os artigos 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal brasileiro, referem-se aos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, respectivamente :

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

Fazendo uma visão comparativa, sobretudo quando se tem em mente quem, via de regra, pratica esses delitos, compreende-se o significado político da Lei 11.941 / 2009, como instrumento de estratégia de controle social, na medida em que protege interesses e necessidades de grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados,

haja vista que, para os crimes que “ocorrem na rua”, tais como furto, ou outros como apropriação indébita simples e estelionato, igualmente crimes de feição patrimonial não diretamente violentos, inexistente semelhante favor legal.

A existência desses dispositivos legais revela uma indiferença aos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade, conduzindo à irremediável conclusão de que é mais grave furtar e cometer estelionato do que sonegar tributos e contribuições previdenciárias. Por outro lado, dever-se-ia, da mesma forma, permitir que o ladrão e o estelionatário devolvessem o quanto subtraído, extinguindo-se, dessa maneira, a punibilidade.

Quando se tem em mente o grau de sonegação existente no Brasil, bem como a repercussão dessas condutas no erário, concluímos inexistir justificativa, numa perspectiva da necessidade de proteção dos bens jurídicos de feição transindividual, para se abrir mão da proteção daqueles outros que estão abarcados pelo recolhimento dos tributos e contribuições previdenciárias³³. Conquanto o Direito Penal deva ser utilizado, apenas, como ultima ratio, torna-se evidente, nessa situação, que o bem jurídico não se encontra suficientemente protegido. Despreza-se aspecto relevante como a dignidade penal para se manter a estratégia de controle social.

A dignidade penal, entendida, segundo Costa Andrade (1992, p. 185), como a expressão de um juízo de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade.

Num plano sistemático, a dignidade penal assegura eficácia à idéia de que somente os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (*Schutzwürdigkeit*) devem gozar de proteção penal. Nesta medida, e com este alcance, o conceito e o princípio da dignidade de tutela dão guarida ao princípio da proporcionalidade.

³³ Vale a pena trazer à colação uma outra previsão legal, no mesmo sentido, disposta no artigo 20 da Lei 10.522/2002 que estabelece que serão arquivados, sem baixa ou distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais ou débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Num plano axiológico-teológico, o juízo de dignidade penal privilegia dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos.

Num plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e atualiza o postulado, segundo o qual o ilícito penal se distingue e se singulariza em face das demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica.

Hoje, contudo, é pacífico o entendimento de que a dignidade penal de uma conduta não decide por si só, e de forma definitiva, a questão da criminalização. Como, ainda, acentua Costa Andrade (1992, p.186), à legitimação negativa, mediatizada pela dignidade penal, deve-se acrescentar a legitimação positiva, mediatizada pelas decisões em matéria de técnica de tutela (*Schutztechnik*). É a redução dessa complexidade excedente que se espera do conceito e do princípio da carência de tutela penal.

Segundo o autor, no plano transistemático, que empresta racionalidade e legitimação ao discurso da criminalização, a carência de tutela penal dá expressão ao princípio da subsidiariedade e de ultima ratio do Direito Penal. A afirmação da carência de tutela penal significa que a tutela penal é, também, adequada e necessária (*geeignet und erforderlichlich*) à prevenção da danosidade social, e que a intervenção do Direito Penal, no caso concreto, não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos.

A carência de tutela penal analisa-se, assim, a partir de um duplo e complementar juízo: em primeiro, um juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (*geeignetheit*) do Direito Penal para assegurar a tutela e para fazer margem a custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, principalmente a liberdade.

A previsão legal, como ficou demonstrado, viola o princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*). Afinal, a essência de um Estado

Democrático de Direito caminha no sentido de que deve ser observada uma proporcionalidade no dever de proteger bens jurídicos fundamentais através do Direito Penal.

6. CONCLUSÃO

Os marcos teóricos dos quais partiram as ideias apresentadas foram o Garantismo Penal (integral) e a nova tendência interpretativa constitucional, que se pauta nas diretivas assumidas no âmbito do Estado Constitucional de Direito (paradigma neoconstitucionalista).

O Neoconstitucionalismo constitui a tendência em efetivar, ao máximo, o conteúdo material das normas constitucionais. Inaugura ele um novo período pós-positivismo ou antipositivismo, defendendo a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social; entendendo o direito como instrumento de transformação da realidade física, ao invés de se converter em simples reprodutor desta realidade.

Tendo em vista a consagração, em sede constitucional (de inúmeros países, inclusive, o Brasil), do Estado Constitucional de Direito, apresenta-se flagrantemente contrária à Carta Maior qualquer investida, seja de ordem legislativa, seja de natureza jurisdicional, tendente à inobservância de direitos fundamentais assegurados à ordem social (sob uma perspectiva individual e coletiva).

Diferentemente do que tem sido entendida, no Brasil, a teoria garantista não defende, tão somente, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos. Ferrajoli sustenta que não se pode falar de democracia, igualdade garantias e direitos humanos se não forem levados em consideração a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, bem como os Pactos sobre os Direitos de 1966, que em seus textos expressam, de forma clara, a obrigatoriedade de proteção a direitos individuais e coletivos. O garantismo impõe que sejam observados não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas, também, os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos) previstos na Constituição.

O Estado, por sua vez, no exercício do seu múnus, através de seus representantes, e para evitar uma desproteção sistêmica, deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção dos bens jurídicos, princípios, valores e interesses com dignidade constitucional, devendo, sempre, se utilizar a proporcionalidade para promover, quando necessária, a restrição de qualquer deles. Nesta medida, prestamos homenagem ao eminente Professor, Peter Hünerfeld.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. C. V. A. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Almedina: Coimbra.

ANDRADE, M. C. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 2, fasc. 2, 1992, p. 173-205.

BARATTA, A. La Política Criminal y el Derecho penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones Sobre el Modelo Integrado de las Ciencias Penales. **Revista de La Facultad de Derecho de Granada**, 1999, n. 2., p. 110.

_____. **Criminologia crítica e Crítica ao Direito Penal**. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, C. Dos delitos e das penas. Tradução de José de Faria Costa. **Revista por Primola Vingiano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONELL, M. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, M.; SALAZAR, P. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005, p. 182.

DUARTE, E. O. R.; POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2009, p. 67.

FERRAJOLI, L. **Derecho y Razon. Teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. 2 ed. Traduzido por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta S.A., 1997.

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

_____. Derechos fundamentales. In: CABO, A.; PISARELLO, G. (editores). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2007, p. 19.

_____. **Democracia y Garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

FISCHER, D. **O que é garantismo penal (integral)? Garantismo penal integral**. Organizado por Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Juspodium e Esmptu, 2010, p. 25-50.

MACHADO, J. B. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MARTÍ MÁRMOL, J. L. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, M.; SALAZAR, P. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005, p. 384.

MENDONÇA, A. B. **A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral. Garantismo penal integral.** Organizado por Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Juspodium e Esmptu, 2010, p. 171-192.

NOGUEIRA, J. B. **Neoconstitucionalismo e Efetivação dos Direitos Sociais.** Trabalho de Conclusão da Disciplina Teoria da Constituição do Curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2006.

OLIVEIRA, L. **Segurança: um direito humano para ser levado a sério.** In Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 11. Recife, 2000.

PALMA, M. F. **Direito Constitucional Penal.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 106-107.

OLIVEIRA, E. P. **A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral. Garantismo penal integral.** Organizado por Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Juspodium e Esmptu, 2010.

RICHTER, I.; SCHUPPERT; FOLKE, G. **Casebook Verfassungsrecht.** 3 ed. München, 1996.

ROUSSEAU, J. J. **O contrato social.** 3. ed. Tradução de António de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SILVA NETO, M. J. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

ROXIN, C. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** 3. ed. Lisboa: Coleção Veja Universitária, 1998.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2001.

Acesso à Internet: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 26 de agosto de 2011.

Acesso à Internet: <http://www.leniostreck.com.br>.