

# VIGÊNCIA E VALIDADE DA NORMA PENAL SOB O ENFOQUE DO GARANTISMO POSITIVO E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALIZADOS

Fernanda Inês Muller Cuppini<sup>1</sup>  
Nidal Khalil Ahmad<sup>2</sup>

## RESUMO

O sistema penal brasileiro atravessa uma crise de legitimidade, sobretudo diante das dificuldades de concretizar os direitos fundamentais – individuais e coletivos – que constituem as bases do modelo de Estado Democrático de Direito, instituído a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. As normas penais, ainda editadas sob forte influência do positivismo jurídico, reclamam uma readequação dos conceitos de vigência e validade, mediante a materialização dos conteúdos jurídicos, conforme preconiza a teoria garantista. Além disso, a complexidade das novas relações jurídicas e a necessidade de proteção de bens jurídicos de índole coletiva fez com que, ao lado da perspectiva de um garantismo negativo, consubstanciado na proteção contra os excessos do Estado, surgisse uma espécie de garantismo positivo, arraigado na proibição da proteção deficiente dos bens individuais e supra-individuais, construindo um paradigma penal voltado à tutela de bens e direitos de relevância constitucional.

**Palavras-chave:** Norma penal. Validade. Proteção. Garantismo. Constituição.

## ABSTRACT

The criminal justice system faces a crisis of legitimacy, especially given the difficulties of realizing the fundamental rights - individual and collective - that are the basis of the model of democratic rule of law, established after the promulgation of the Constitution of 1988. The criminal law also edited under the influence of legal positivism, calling for a readjustment of the concepts of validity and validity, upon the materialization of the legal content, according to the theory maintains security. Moreover, the complexity of new legal relations and the need to protect legal interests of the collective nature meant that, alongside the prospect of a negative guaranteeism, embodied in the protection against the excesses of the state, arose a kind of positive assurance, rooted in prohibition of poor protection of individual goods and supra-individual, building a criminal paradigm focused on the protection of property rights and constitutional significance.

**Key-words:** Criminal standard. Validity. Protection. Guaranteeism. Constitution

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Membro do Grupo de Pesquisas Proteção Jurídica da Inovação Tecnológica: Desenvolvimento e Inclusão; Membro do Grupo de Pesquisa Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo; Advogada. <mailto:fernanda@cuppini.com.br> <fernanda@cuppini.com.br>

<sup>2</sup> Assessor Jurídico do Ministério Público. Professor de Direito Penal e Processo Penal. Mestrando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC - área de concentração em Constitucionalismo Contemporâneo. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. [nidal.k@bol.com.br](mailto:nidal.k@bol.com.br)

## **1 INTRODUÇÃO**

O atual contexto econômico, social e político que marca a sociedade contemporânea gera reflexos em todas as esferas do ordenamento jurídico e deturpa, de certo modo, a finalidade de cada uma das searas.

Com efeito, não raras vezes, as normas – que deveriam servir para reger e possibilitar o bom convívio social – são criadas precipuamente para viabilizar a manutenção de condições sociais privilegiadas.

Este descaminho do ordenamento atinge com maior frequência a seara do Direito Penal, na medida em que suas normas têm se pautado invariavelmente na seletividade de camadas sociais que permite a imunização de outras, corroendo a razão existencial do próprio sistema penal.

A crise de legitimidade pela qual passa o Direito Penal, enquanto instância de regulação da vida em sociedade, exige um redimensionamento da tutela jurídica, centrada nos direitos humanos, na perspectiva de minimizar a distância entre o campo do dever ser e o do ser.

Em outras palavras, com a superação do modelo defendido pelo positivismo jurídico, voltado para a defesa de um sistema eminentemente formalista, os direitos fundamentais constitucionalizados se impõem como condição de validade material das demais normas jurídicas.

Nesse contexto, a postura hermenêutica do Estado Democrático de Direito implica necessariamente numa releitura do conceito que o positivismo jurídico de Hans Kelsen atribuiu à vigência e validade da norma, passando pelos elementos formais e substanciais do garantismo penal, considerando como norma válida aquela em sintonia com os direitos e garantias fundamentais, para, ao final, concluir pelo reconhecimento do garantismo positivo e da cláusula da proibição da proteção deficiente como elementos legitimadores da intervenção do Estado na tutela de bens jurídicos fundamentais, notadamente os denominados supra-individuais.

## **2 VIGÊNCIA E VALIDADE NA CONCEPÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO**

A partir do século XIX, com o triunfo da visão positivista sobre o Direito, em detrimento do pensamento jusnaturalista, sedimenta-se a concepção formal da validade da norma, tendo em Hans Kelsen a maior referência doutrinária.

Na obra Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen buscou dissociar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, concentrando o objeto do seu estudo apenas em seu aspecto formal, sem aprofundar o aspecto valorativo. Na concepção positivista de Kelsen, para que o Direito fosse considerado como ciência sua análise deveria ser baseada apenas na forma de elaboração, e não em aspectos axiológicos.

Para Kelsen, o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo “deve” ser ou acontecer, especialmente que um homem se

“deve” conduzir de determinada maneira. A norma é um dever ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser.<sup>3</sup>

Tecendo considerações sobre o normativismo Kelseniano, Barzotto assevera que:

O “dever ser” (sollen) é o sentido subjetivo de qualquer ato de vontade dirigido à conduta de outrem. Mas nem todo ato de vontade tem como sentido uma norma. Somente quando o sentido subjetivo coincide com o objetivo, estamos diante de uma norma. Dizendo norma se quer dizer que alguma coisa deve ser ou acontecer, em particular que um homem deve comportar-se de um certo modo.<sup>4</sup>

Assim, no modelo proposto por Kelsen, os fenômenos conhecidos como jurídicos pressupõem que o direito prescreva, proíba ou autorize a prática de determinada conduta, manifestação que exige a existência de normas. O direito, segundo seus ensinamentos, passa a ser formado por um sistema de normas organizado e integrante de um ordenamento jurídico, sede de normas produzidas segundo o procedimento previsto em outras normas.

A partir do funcionamento do processo de autoprodução normativa, Kelsen reserva especial atenção às especificidades de uma norma válida. Inicialmente, validade é ligada à qualidade que expressa a existência da norma, pois passa a existir quando o ato de vontade que lhe deu origem cessa sua existência<sup>5</sup>; o segundo significado do termo se relaciona com a pertinência da norma a um ordenamento jurídico (pertença ao sistema normativo); a terceira abordagem abrange a necessidade da norma ter sido concebida no modo previsto no sistema, o que determina que a validade seja uma “relação intranormativa”, na qual uma norma ocupa a posição “superior” e a outra, a posição “inferior”<sup>6</sup>; por fim, a quarta definição alberga o sentido da obrigatoriedade, ou seja, de que o homem deve apresentar comportamento de acordo com a prescrição normativa<sup>7</sup>.

Portanto, para Kelsen, a validade da norma está condicionada à validade formal, dissociando-se de qualquer conteúdo valorativo, ou seja, a validade formal prepondera sobre o conteúdo jurídico substancial. Neste particular, o doutrinador assevera que:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 05.

<sup>4</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 35.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>7</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. *op. cit.*, p. 39.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 221.

Com base nesses fundamentos, Kelsen sustenta que a validade de uma norma deriva de outra norma, que lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente. Em outras palavras, o direito é formado por um sistema de normas organizado e integrante de um ordenamento jurídico, produzidas segundo o procedimento previsto em outras normas.

Sintetizando o pensamento de Kelsen, Barzotto afirma que:

A validade de uma norma não está ligada, portanto, a uma conformidade com elementos da natureza ética ou metafísica, mas vincula-se a um procedimento específico de produção de normas: As normas do direito positivo são “válidas”, isto é, elas devem ser obedecidas, não porque elas são, como as leis do direito natural, derivadas da natureza, Deus ou a razão, de um princípio do absolutamente bom, certo ou justo, de um valor absolutamente supremo ou norma fundamental que se revista da pretensão de uma validade absoluta, mas meramente porque ela foi criada de uma certa maneira por uma certa pessoa.<sup>9</sup>

Nesse contexto, Kelsen traz à tona a ideia da existência de norma fundamental como norma pensada, pressuposta, com ênfase à necessidade de obediência ao que foi determinado pelo primeiro constituinte histórico, base de validade do ordenamento jurídico. Como as normas se distribuem em camadas hierárquicas (visão piramidal), Kelsen prega o respeito de todas as normas a um conceito maior, também definido como “norma suprema”.

Em síntese, Kelsen entende que a existência de uma norma superior autoriza a existência e validade jurídica das normas inferiores, não distinguindo os conceitos de vigência e validade.

Todavia, conforme assevera André Copetti:

Essa concepção formal da validade da norma jurídica esta, ainda hoje, apesar de totalmente ultrapassada, incrustada no imaginário de nossos operadores jurídicos, dela decorrendo sérios problemas em relação à aplicação da lei, especialmente a lei penal, em função de esta proporcionar uma enorme gama de violações dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente por permitir a incidência de leis totalmente contraditórias aos princípios constitucionais garantidores de tais direitos.<sup>10</sup>

Nesse contexto, diante da necessidade de revisão da teoria jurídica da validade, surge o garantismo jurídico como forma de adequação das normas jurídicas ao conteúdo do mandamento constitucional.

### **3 VIGÊNCIA E VALIDADE DA NORMA NA CONCEPÇÃO DO GARANTISMO PENAL**

O garantismo penal constitui um modelo normativo de direito, na qual são introduzidos novos entendimentos em relação ao positivismo jurídico, voltado a idealizar

---

<sup>9</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. op. cit, p. 39.

<sup>10</sup> COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2000, p. 141.

um novo pensamento em relação à vigência, validade e eficácia da norma jurídica, estruturado principalmente a partir do princípio da legalidade.

Como resposta ao exacerbado poder punitivo conferido ao Estado, o garantismo surge como um modelo de aplicação da norma penal, com base na legalidade e na ampliação da liberdade do homem e na minimização do *jus penales puniendi*. Vê-se, pois, que o garantismo, que tem em Luigi Ferrajoli seu principal idealizador, estabelece as suas bases conceituais e metodológicas voltadas à ciência do Direito Penal.

Todavia, o próprio Ferrajoli percebe que os pressupostos estabelecidos na seara penal podem servir de subsídios para uma teoria geral do garantismo, com alcance prático e teórico para os demais ramos do direito, passando a delinear os elementos de uma teoria geral do Garantismo, a saber:

O caráter vinculado do poder público no Estado de Direito, a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externos (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.<sup>11</sup>

Nesse contexto, percebe-se que Luigi Ferrajoli extrai da expressão garantismo três significados diversos, mas relacionados, consistentes no modelo normativo de direito, na teoria jurídica da validade e da efetividade da norma e na filosofia política.

Em relação ao modelo normativo, Ferrajoli assevera que:

O Garantismo vem determinar um modelo normativo de direito precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que pode ser entendido sob três planos: o epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; o político, por sua vez, se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; por fim, o jurídico, como um sistema de vínculo impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.<sup>12</sup>

Além da concepção normativa de direito, o garantismo é analisado como uma teoria jurídica da validade e da efetividade da norma. Por fim, em relação ao terceiro aspecto, Ferrajoli afirma que “O garantismo é considerado como uma filosofia política, que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”<sup>13</sup>.

É na concepção normativa do direito que se constata a dicotomia entre o pensamento preconizado pelo positivismo de Hans Kelsen. Neste particular, a teoria de Luigi Ferrajoli busca uma releitura da concepção positivista, introduzindo um novo

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 686.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 684.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 685.

pensamento acerca da vigência e validade das normas, acrescentando ao seu conteúdo um elemento substancial.

Tecendo críticas à teoria positivista, Ferrajoli afirma que o conceito de validade, preconizado por Kelsen, confunde-se, inequivocadamente, com o de vigência da norma.

Com efeito, seguindo-se o pensamento garantista, deve-se distinguir o âmbito da vigência normativa e o âmbito da validade normativa. Pelo primeiro, identifica-se a validade formal das normas; pelo segundo, a sua validade material. Em outras palavras, não se pode confundir vigência normativa, ligada à existência formal da norma no mundo jurídico, com a validade normativa, que guarda relação com os significados e o conteúdo da norma.

Esta distinção é muito bem esclarecida por Ferrajoli:

Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam a forma e os procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu significado.<sup>14</sup>

Adotando esta linha de raciocínio, ao tratar da validade normativa segundo Kelsen, André Copetti afirma que:

Há um claro embaralhamento entre as categorias conceituais da existência e da vigência, com a categoria da validade. A categoria conceitual da teoria da validade normativa que dispõe sobre a relação espacial e temporal da norma não é a da validade, mas sim, a da vigência. Uma norma, pela teoria garantista, vige em determinado território por determinado tempo, sendo, por outro lado, válida em relação a um conteúdo de uma norma superior que por ela não pode ser violado.<sup>15</sup>

Com efeito, enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica<sup>16</sup>

Nessa senda, na concepção garantista, uma norma não será válida apenas pela sua adequação formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e pressupostas para a sua verificação, como pregava Hans Kelsen. De fato, ao aspecto formal da produção da norma, Ferrajoli acrescenta elementos substanciais e materiais, que constituem o fundamento de validade da norma. Tais elementos são os direitos fundamentais. Dito de outro modo, a relação de validade da norma na concepção garantista consiste na soma das formas de produção normativa, centradas nos pressupostos de vigência, com os conteúdos valorativos materiais de validade, traduzidos nos direitos fundamentais.

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit, p. 701.

<sup>15</sup> COPETTI, André. op. cit, p. 140.

<sup>16</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 83.

É nesse sentido a lição de Ferrajoli:

Enquanto as condições formais da vigência constituem requisitos de fato, em ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma ditada por ele não chega a existir, as condições substanciais de validade, e de maneira especial as da validade constitucional, consistem normalmente em respeito a valores – como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos – cuja lesão produz uma antinomia, vale dizer, um conflito de normas de conteúdo ou significado incompatível.<sup>17</sup>

Assim, considerando os ensinamentos de Ferrajoli acerca dos conceitos de validade e vigência, verifica-se que uma norma vigente, sem, contudo, estar dotada de validade, na concepção material do termo, deveria ser retirada do ordenamento jurídico, em função da sua incompatibilidade não com as diretrizes formais de seu surgimento, mas com a materialidade dos direitos fundamentais.

No campo do direito penal, a diferenciação entre texto e norma e entre vigência e validade também se impõe na formulação e aplicação das leis.

Com efeito, o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações de determinadas condutas não pode ser um ato absolutamente discricionário, com superposição da forma em detrimento ao conteúdo. Não fosse assim, em nome do princípio da legalidade, seríamos forçados a considerar intocável um dispositivo legal que viesse a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, os crimes contra a dignidade sexual, admitindo, na esteira do positivismo de Kelsen, que a vigência de um texto normativo implica necessariamente a sua validade.

Nesse contexto, contrastando com a liberdade absoluta de conformação legislativa em matéria penal, os direitos fundamentais devem servir de limite para a escolha dos bens jurídicos penais protegidos pelo Estado Democrático de Direito, tornando-se paradigma para o mínimo abrigo constitucional.

Vê-se, pois, que a teoria do bem jurídico, que sustenta a ideia de tipos penais no direito penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito. Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser redirecionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais na suas diversas dimensões.<sup>18</sup>

Dessarte, na concepção da teoria garantista, para ser válida, a norma, notadamente a penal, deve guardar vinculação intrínseca e inexorável com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

#### **4 A SELETIVIDADE DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELA NORMA PENAL**

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit, p. 874.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição: Da proibição do excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há bindagem contra normas penais inconstitucionais. In: Revista da AJURIS, Porto Alegre, nº 97, mar, 2005.*

No atual contexto histórico, ninguém dúvida que, no plano teórico, os membros que compõem as esferas do Estado Democrático de Direito afirmam o respeito à Constituição. Porém, na prática, percebe-se, mormente no âmbito penal, um constante paradoxo entre a constitucionalidade material e a formal, por força da seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos.

Passados 20 anos da promulgação da Carta Magna, as normas penais, na sua grande maioria, continuam atreladas à concepção liberal-individualista, alcançando, principalmente, as camadas mais pobres da população, distantes da ordem econômica do mundo capitalista moderno, enquanto as classes mais abastadas da sociedade brasileira se mantêm numa situação confortável, ao largo, pois, das normas penais incriminadoras.

A seletividade na seara penal foi muito bem abordada por Vera Regina Pereira de Andrade, segundo a qual

Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.<sup>19</sup>

Com efeito, não raras vezes, as práticas legislativas editam normas rebaixando bens jurídicos que traduzem interesses da coletividade a outros bens de relevância individual, privilegiando, de acordo com a concepção do liberalismo clássico, o privado em detrimento do coletivo, como se percebe, por exemplo, na legislação que trata dos crimes de sonegação fiscal, que prevê hipótese de extinção de punibilidade quando o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais.

De fato, o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas<sup>20</sup>.

Dito de outro modo, na concepção liberal-individualista, constitui conduta mais grave furtar e praticar estelionato, cujos bens penalmente protegidos são de índole exclusivamente individual, do que sonegar tributos e contribuições sociais, em que os bens jurídicos estão atrelados ao interesse da coletividade.

Nesse sentido, percebe-se a hegemonia da matriz liberal-individualista ainda arraigada na dogmática mais tradicional do sistema penal brasileiro. Aliás, neste aspecto, pertinente a lição de Gisele Citadino:

O pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia

---

<sup>19</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997, p. 267.

<sup>20</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2002, p. 165.



privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos dos nossos publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*. Se tivéssemos que associá-la a uma determinada matriz política, certamente falaríamos mais de Hayek e Nozick do que de Rawls e Dworkin, muito embora as fontes talvez sejam outras.<sup>21</sup>

De outro lado, não se pode ignorar que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de bens cuja tutela interessa a toda coletividade, promovendo, assim, o deslocamento da intervenção penal individualista para também assegurar a proteção penal dos chamados direitos coletivos ou difusos.

Todavia, como bem salienta Lênio Streck, “persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual, não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual (bens jurídicos coletivos), que compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira”<sup>22</sup>

Com efeito, ao adotar uma postura comprometida e dirigente, com edição de normas superiores voltadas à redução das desigualdades sociais, não parece razoável admitir tenha a Constituição Federal elegido bens de índole individual como merecedores de tutela penal privilegiada, rebaixando axiologicamente os bens jurídicos que traduzem interesses da coletividade a segundo plano. Tal concepção, a toda evidência, afigura-se incompatível com os preceitos do texto constitucional.

Nesse contexto, faz-se necessário um redimensionamento das prioridades dos bens jurídicos penalmente tutelados, elegendo normas jurídicas que traduzem interesses da coletividade, conferindo dignidade constitucional compatível com a relevância dos bens supra-individuais.

## **5 O GARANTISMO POSITIVO A PARTIR DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Com o fracasso dos dogmas positivistas que engendravam o direito como um mundo de regras formais e o advento das constituições compromissárias e dirigentes, passou-se a inserir, no próprio texto constitucional, os conflitos e as demandas da sociedade, em sintonia com a função transformadora do próprio Estado Democrático de Direito.

Contudo, esta alteração de paradigma no modo de pensar o direito, mormente no que tange à extensão dos bens jurídicos penalmente tutelados, não impediu o surgimento do dissenso entre os penalistas liberais, que defendem um alcance limitado

---

<sup>21</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1999, p. 14.

<sup>22</sup> STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit.

dos bens jurídicos protegidos, e aqueles doutrinadores que reconhecem a relevância penal dos bens de proporção supra-individuais.

Com efeito, tratando da celeuma estabelecida em função da proteção penal dos bens de índole coletiva, Lênio Streck<sup>23</sup> assevera que:

O que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas de apego exarcebado ao liberalismo e os que buscam a guarida penal de bens supra-individuais, é que estes buscam introjetar na concepção de bem jurídico penal a idéia de que uma série de valores constitucionais de feição coletiva necessitam 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”. De certo modo, continuam a pensar o direito a partir da idéia segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor, e o direito (penal) teria a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. 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, repristinando – para mim de forma equivocada – antiga problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade.

Dito de outro modo, o paradigma do pensamento liberal-individualista centra-se no bem jurídico de índole individual, reconhecendo guarida aos bens supra-individuais quando a violação destes atingirem indiretamente a esfera privada da pessoa. Todavia, tal concepção não se sustenta em um Estado Democrático de Direito, em que os bens jurídicos coletivos ganham a mesma proteção constitucional que os bens jurídicos individuais.

Sinala-se, nessa senda, que até mesmo doutrinadores de feição nitidamente mais reservada admitem a abrangência da proteção do bem jurídico supra-individual. Com efeito, na lição de Ferrajoli é preciso:

(...) justificar as proibições somente quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social e, em todo o caso, externos ao mesmo direito, entendendo por ataque não somente o dano causado, senão, também – por ser inerente à finalidade preventiva do direito penal -, o perigo causado. Entre os bens externos ao direito penal, cuja lesão é necessária, ainda que não suficiente, para a justificação das proibições penais, então, por razões óbvias, todos os ‘direitos fundamentais’, quer dizer, não só os clássicos direitos individuais e liberais, senão também os coletivos e/ou sociais, como o direito ao meio ambiente ou à saúde (...) em qualquer caso, deve tratar-se de um dano ou de um perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreta conduta proibida, e não só considerando em abstrato somente o conteúdo da proibição.<sup>24</sup>

Nesse contexto, com o advento do Estado Democrático de Direito, surge para o direito penal a função de também proteger bens jurídicos que transcendem a concepção liberal-individualista. Em outras palavras, além dos bens jurídicos

---

<sup>23</sup> Ibidem

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit, p. 378.

individuais, merecem proteção efetiva os bens supra-individuais, conhecidos também como transindividuais.

Essa dicotomia entre a proteção dos bens jurídicos individuais e supra-individuais está umbilicalmente relacionada à discussão envolvendo a defesa do garantismo negativo e da existência de um garantismo positivo.

Com efeito, ao lado das ideias da teoria garantista clássica, restritas ao papel do Estado disponibilizar aos indivíduos mecanismos para evitar arbitrariedades advindas do próprio Estado, arraigada na garantia de proibição do excesso, surge com força o garantismo positivo, segundo o qual cumpre ao Estado adotar também uma postura ativa na defesa dos direitos e garantias fundamentais, caracterizada pela cláusula da proibição da proteção deficiente.

Nessa linha, valemo-nos, uma vez mais, da lição de Lênio Streck:

Assim, é possível afirmar, com base em doutrina que vem se firmando nos últimos anos, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot).<sup>25</sup>

Ter-se-ia então, continua o nobre Procurador de Justiça, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção<sup>26</sup>.

Admitindo a extensão da regra da proporcionalidade e a vinculação do Estado a um dever de proteção, Ingo Sarlet assevera que:

O que importa destacar no contexto é que o princípio da proporcionalidade, para além de sua habitual compreensão como proibição do excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto a proibição de excesso quanto a proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal.<sup>27</sup>

Dessarte, este novo paradigma do direito penal abre espaço para a defesa de uma dupla face na proteção dos bens jurídicos penais. Com efeito, além dos valores clássicos de bens jurídicos individuais protegidos, as normas penais também devem estar inexoravelmente vinculadas ao dever de proteção dos bens jurídicos de *status* transindividuais.

---

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 12, v. 47, mar-abr, 2004.

Em suma, diante da nova face do Estado e do direito, não se mostra razoável sustentar que cabe ao Estado tão-somente a proteção contra os excessos e o arbítrio, em evidente apego à herança liberal-individualista. Cumpre, pois, ao direito penal assumir a face do garantismo positivo, voltando-se à proteção dos bens jurídicos, notadamente de feição coletiva, como forma de legitimar o papel dirigente do constitucionalismo contemporâneo.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A teoria do garantismo penal traz consigo um redimensionamento do princípio da legalidade, a partir do qual, para além da definição inicial de submissão da norma ao aspecto formal – essência do positivismo jurídico de Hans Kelsen –, tem-se a submissão à materialidade da Constituição Federal.

Isso porque a constitucionalidade constitui um dos pilares sobre os quais se sedimenta o Estado Democrático de Direito. A Constituição é o ordenamento básico de um Estado, conjunto de normas e instituições jurídicas fundamentais que regulam e organizam o exercício do Poder e a produção de normas jurídicas, garantindo os direitos e liberdades das pessoas e dos grupos.

Nesse sentido, a concepção garantista sobre a validade trouxe contribuição essencial à teoria jurídica, notadamente no aprofundamento do pensamento de que há uma sensível diferença entre validade normativa formal e validade normativa material da norma, vinculando o juízo jurídico valorativo aos direitos fundamentais constitucionalizados.

Com efeito, conforme a teoria garantista, a Constituição consolida-se materialmente em posição superior no ordenamento jurídico em relação às demais normas, assumindo um caráter vinculante e indisponível, com a consolidação das garantias e os direitos fundamentais dos cidadãos.

A partir do momento em que em que é responsável por ditar todas as regras de um Estado de Direito, a Constituição Federal se configura no limite formal e material do direito penal e marco delimitador da própria política criminal, razão pela qual, para ser válida, a norma penal deve se subordinar inexoravelmente à materialidade da Norma Superior e aos direitos e garantias fundamentais nela consagrados.

Mais do que isso, nessa quadra da história, cumpre à Constituição Federal adotar, de forma efetiva, uma postura dirigente e programática, assumindo, assim, um papel não apenas de proteção do indivíduo contra o próprio Estado, mas, também, o de assegurar a tutela, notadamente no âmbito penal, dos bens e direitos fundamentais constitucionalizados.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1999.

COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 12, v. 47, mar./abr., 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição do excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 97, mar, 2005.