

**POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO PENAL: A POSSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS SOB O ENFOQUE DO GARANTISMO JURÍDICO\***

**PUBLIC POLITICS IN CRIMINAL LAW: THE POSSIBILITY OF JUDICIAL CONTROL OF CRIMINAL POLITICS UNDER THE APPROACH OF THE LEGAL GARANTISME**

**Alice Quintela Lopes Oliveira**

**RESUMO**

O presente artigo almeja analisar a possibilidade do controle judicial razoável sobre as políticas públicas em matéria de Direito Penal. Tendo como pano de fundo o Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli, este estudo volta-se à análise de políticas criminais e seu controle de constitucionalidade por parte dos juízes e tribunais. Passando pelo Abolicionismo Penal e pelo Movimento da Lei e da Ordem, chega-se a uma política criminal minimalista, fulcrada no Garantismo Jurídico. A partir desta perspectiva, perscruta-se se o juiz pode se imiscuir em uma política pública de forma a conformá-la à Constituição e aos postulados de um Direito Penal Mínimo.

**PALAVRAS-CHAVES:** POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO PENAL; CONTROLE JUDICIAL; GARANTISMO JURÍDICO; DIREITO PENAL MÍNIMO

**ABSTRACT**

The present article intends to analyze the reasonable possibility of the judicial control on the public politics in Criminal law. Based on Legal Garantism of Luigi Ferrajoli, this study focus, above everything, on criminal politics and its constitutionality control by judges and courts. It also studies the judicial control in other parts besides criminal law. Observing, above all, the Criminal Abolitionism and the Movement of the Law and the Order, it is achieved one minimaliste criminal politics, based on Garantisme. From this perspective, this paper demands if the judge can go through public politics to make it conformed by the Constitution and the postulates of a Minimum Criminal law.

**KEYWORDS:** PUBLIC POLITICS IN CRIMINAL LAW; JUDICIAL CONTROL; LEGAL GARANTISME; MINIMUM CRIMINAL LAW

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

## 1. INTRODUÇÃO

O edifício jurídico é obra inacabada, cujo esforço de construção deve ser permanente. A cada instante, no turbilhão de transformações sociais e de crescente radicalização ideológica, novos valores emergem, produzindo rápidas modificações culturais, que acabam gerando uma explosão de litigiosidade a clamar por tutela jurídica.

A velocidade com que se transmudam os cenários social, político e econômico, aliada à complexidade da sociedade contemporânea, tem demandado por uma remodelação do papel do Direito e das instituições jurídicas. O modelo jurídico de cunho marcadamente liberal vem sendo paulatinamente suplantado por um modelo de Estado de Direito Constitucional, que assume os direitos fundamentais e a dignidade humana como valores maiores do ordenamento.

A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garanti-la juridicamente. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma *ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade*. É ordem fundamental eis que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque, além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional.[2]

A partir da constitucionalização dos direitos humanos, o Judiciário necessitou assumir a posição de verdadeiro guardião dos valores constitucionais, cabendo-lhe garantir sua aplicabilidade e respeitabilidade pelos demais poderes, pelas entidades privadas e pelos particulares.

A presente exposição voltará seu olhar para a (im)possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, máxime aquelas relacionadas com o direito penal. O pano de fundo da discussão será a teoria do garantismo jurídico de Ferrajoli, sobre a qual serão feitas as observações necessárias à compreensão da função do juiz no controle de políticas criminais.

## 2. POLÍTICAS PÚBLICAS

O interesse jurídico pelas políticas públicas vem crescendo em simetria com o agigantamento do Poder Executivo, fenômeno iniciado no Estado social. Tanto que justifica um reexame da classificação tradicional dos poderes estatais, baseada na supremacia do Poder Legislativo e no papel secundário do Poder Executivo, deslocando o lugar de destaque da lei para as políticas públicas, ou seja, do Estado legislativo para o Estado social, que tem na realização de finalidades coletivas a sua principal fonte de legitimidade.[3]

Pode-se dizer que as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos, numa clara substituição do "governo por leis" pelo "governo por políticas". O fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação de implementação dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva, ativa do Poder Público.[4] [5]

Impende asseverar que a política de Estado não se compõe unicamente por uma norma ou um ato jurídico. As normas e os atos jurídicos compõem a política do Estado, entendida esta como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinando.[6] As normas, decisões e atos que integram a política pública têm na finalidade da política seus parâmetros de unidade. Isoladamente, as decisões ou normas que a compõem são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico próprio.

Deste modo, as políticas públicas representam o conjunto de planos e programas de ação governamental destinados a intervir no domínio social, por meio das quais são traçadas diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.

No Estado Democrático de Direito, pautado pelas teses do neoconstitucionalismo, o desiderato dos poderes públicos consiste na concretização dos direitos fundamentais, não violando os direitos de liberdade e realizando os direitos a prestações através de políticas públicas orientadas pelos princípios e regras dispostos na Constituição.

Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève:

(...) o Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais. É para isto que se presta o Estado, é para isto que o legislativo legisla, é para isto que o Ministério Público atua, é para isto que o Judiciário judica, é para isto que o Executivo administra. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.[7]

Controvérsia da maior importância repousa na análise acerca da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas; problema que será estudado a seguir.

## 2.1. Judicialização das políticas públicas

Com as idéias do neoconstitucionalismo, a normatividade e a vinculatividade das disposições constitucionais, mormente dos direitos fundamentais, encontram-se plenamente sedimentadas, assentadas. Diante disso, é compromisso do Estado de Direito a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Entretanto, de nenhuma valia será uma Constituição que enumera direitos fundamentais, atribuindo competências para os poderes públicos no sentido de torná-los efetivos, se não houver um órgão capaz de garantir a efetividade destas normas, punindo e responsabilizando aqueles que agirem em seu desrespeito.[8]

Não se pode, por certo, afastar a judicialização das políticas públicas sob o argumento de que consubstanciam questões exclusivamente políticas. As políticas públicas têm inegáveis contornos jurídicos, havendo um verdadeiro poder-dever do Judiciário em analisar sua legalidade e constitucionalidade.[9]

Do ponto de vista doutrinário, o controle jurisdicional de políticas públicas vem sendo discutido no âmbito de duas correntes contrapostas que se digladiam, a corrente procedimentalista, ancorada principalmente nas idéias de Habermas, e a corrente substancialista, que busca sustentação no pensamento jurídico e político de Dworkin.

### 2.1.1. Procedimentalismo

A partir da distinção entre política e direito, através da teoria do discurso, Habermas critica a politização do Judiciário. Alçado à posição de centro do sistema jurídico, o Judiciário diferencia-se do Legislativo na medida em que age segundo o discurso de aplicação das leis, ao passo que o discurso político de justificação das leis ficaria ao encargo do Legislativo.[10]

Habermas defende um juiz integrado em uma comunidade de homens livres, que aplica o direito a partir do agir comunicativo, observando as pretensões de justiça da comunidade. A interpretação construtiva das normas jurídicas, na medida em que ela contraria o princípio democrático e a separação dos poderes, é assaz criticada pelo filósofo alemão.[11]

Caberia ao juiz, tão somente, realizar um acompanhamento procedimental da Constituição, de modo a garantir e proteger um processo de elaboração democrática do direito, através da pré-existência das condições necessárias ao exercício da democracia.

De fato, será possível considerar a Constituição de modo unicamente procedimental, como uma garantia de igual participação no discurso travado pela comunidade, em que se discutem os valores e as condutas a serem adotadas? Esta posição de alicerce formal da democracia é capaz de garantir justiça? E quando o Executivo não cumpre as diretrizes normativas fixadas pelo Legislativo, ou seja, pela comunidade livre de cidadãos, deixando de observar valores democraticamente eleitos como preponderantes naquele momento histórico, a quem recorrer se a perspectiva procedimentalista prevê tão somente o autocontrole dos poderes constituídos?[12]

Isto posto, analisemos a corrente substancialista.

### 2.1.2. Substancialismo

A Constituição de 1988 encontra-se repleta de normas com pungente conteúdo material, axiológico, demonstrando opções políticas adotadas constituinte ordinário. Muitas delas não estão relacionadas à garantia do processo democrático, mas fixam, até autoritariamente, determinados valores a serem observados por toda a comunidade.

A judicialização das políticas públicas funda-se na supremacia da Constituição, de cunho fundamental e superior a todos os poderes do Estado. Ao realizar um juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja garantir a prevalência da Constituição, criando o direito num caso concreto.

De fato, o juiz moderno, seja porque inserido num Estado Constitucional de Direito, que o obriga a aplicar a lei apenas quando constitucionalmente válida, seja porque se depara freqüentemente com conceitos jurídicos indeterminados (tanto na Constituição como nas leis ordinárias), tornou-se integrante do centro de produção normativa. Ele também “cria” o direito. Sendo a política a arte de governar a cidade, a função jurisdicional, na medida em que dá a moldura fina do que é válido juridicamente falando, é inegavelmente política. Mas política no sentido grego da palavra, não se confundindo com política partidária.[13]

O Estado constitucional impõe uma redefinição do papel e das funções do Poder Judiciário, porquanto, com a evolução do Estado das leis para o Estado das políticas públicas, resta ao Judiciário a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais e a progressiva marcha da sociedade para um ideal de justiça substancial.[14]

A jurisdicionalização de políticas públicas, ao contrário do que vem sendo afirmado na jurisprudência, não representa afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Na verdade, torna-o efetivo, já que por meio do controle jurisdicional se busca garantir a concretização dos direitos fundamentais, máxime aqueles de conteúdo positivo. A legitimidade do Poder Judiciário para examinar violações a direitos dos cidadãos não decorre do princípio político democrático; ressay, expressamente, do texto constitucional, não devendo encontrar nenhum óbice legal.

Como obstáculo ao controle jurisdicional das políticas públicas, argumenta-se a limitação orçamentária, bem como a reserva do possível, porquanto a implementação de direitos fundamentais positivos exige disponibilidade orçamentária.

O orçamento vincula-se à implementação das disposições constitucionais, expressa o planejamento das políticas públicas a serem levadas a cabo pela Administração Pública. Contém destinação das verbas, estimativa das receitas, fixação de despesas num dado exercício financeiro. Trata-se de um conjunto de atos normativos pelos quais são elaborados, avaliados e executados os programas governamentais, em todos os planos de atuação do Poder Público.[15]

É bem verdade que a escassez de recursos públicos, sobretudo em Estados periféricos como o brasileiro, revela o problema da escolha acerca de quais políticas públicas devem ser implementadas e quais devem ser olvidadas, uma vez que a parca disponibilidade financeira não comportaria o cumprimento dos direitos sociais na sua integralidade.

Uma possível solução é encontrada no postulado da ponderação ou da proporcionalidade, devendo-se privilegiar os valores fundamentais básicos trazidos pela Constituição. De fato, em um Estado onde o déficit de políticas públicas para o implemento de direitos sociais alcança níveis absurdos, sobremaneira espinhosa se mostra a discussão sobre a justiciabilidade de políticas públicas.

A Constituição é a baliza mestra da atuação do Poder Público. Vincula toda a ação do Estado e exige que tal ação esteja voltada à realização de suas disposições. O Estado se coloca perante a Constituição como instrumento de realização dos ditames constitucionais. Este é o verdadeiro fundamento de sua existência, sua fonte de legitimidade.[16]

Inaceitável, desarte, o preterimento da Constituição em nome da fidelidade a uma norma de nível infraconstitucional ou a uma conjuntura político-econômica desfavorável. A Constituição tem força normativa, ativa e vinculante, exigindo a máxima atuação dos poderes constituídos para o seu fiel implemento.[17]

Os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, só se tornarão efetivos se houver uma prática jurisdicional que determine sua observância – seja na elaboração das leis, seja na adoção de políticas públicas, seja no cumprimento estrito das obrigações previstas nas normas, quando assim demandado pelo seu titular.

### 3. POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO PENAL: Sistemas penais

Conforme visto no tópico acima, é através das políticas públicas que o Estado organiza suas metas e estabelece sua estratégia de governo, priorizando valores de acordo com seus ideais, desde que se observe os imperativos constitucionais.

Neste sentido, o Estado organiza, seleciona e estabelece determinadas políticas voltadas à criminalidade. Como combater o crime, como preveni-lo, como melhor ressocializar o condenado, como reinseri-lo no meio social, são preocupações não apenas jurídicas, mas também políticas, que se adaptam às tendências do governo, tendo sempre como paradigma as normas constitucionais.

A política criminal representa, destarte, o conjunto de plano e programas destinados ao eficaz combate aos delitos que, como qualquer outra política pública, requer a alocação de recursos em todo o aparato do sistema penal, bem como no reforço aos mecanismos informais de controle do delito, como nas escolas, comunidades, centros recreativos, dentre outros.

A depender do momento histórico, e de tantos outros fatores, as políticas criminais podem ser apresentar mais ou menos autoritárias, mais ou menos garantistas. Tendências que serão analisadas a seguir.

### 3.1. Abolicionismo penal

O abolicionismo, como o próprio nome já denota, representa um movimento cuja principal característica reside na abolição do direito penal e do sistema penal enquanto método de controle social e de solução dos conflitos oriundos do fenômeno da criminalidade.

Nascido após a Segunda Grande Guerra com Filippo Gramatica, o abolicionismo recusa validade e legitimidade a todos os princípios sobre os quais se assenta tradicionalmente a teoria do delito, propondo não apenas a extinção da pena ou do direito penal, mas a abolição de todo o sistema de justiça penal.

Negando qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre o comportamento desviado, o movimento assume determinadas particularidades diretamente relacionadas com o autor abolicionista a ser trabalhado.

Numa perspectiva radical, Max Stiner propõe a deslegitimação incondicional de qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social. Considerado como detentor de uma posição anárquico-individualista, Stiner propugna pela desvalorização de quaisquer ordens ou regras, não apenas jurídicas, mas, inclusive, morais. *Transgressão e rebelião como livres e autênticas manifestações do egoísmo a-moral do ego.*[18]

As doutrinas mais difundidas, por outro lado, de viés jusnaturalista, não sustentam a supressão de toda e qualquer forma de controle social, apenas da pena criminal enquanto medida jurídica afluiva e coercitiva. Seus principais defensores são: Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman, sobre os quais não discorreremos por fugir aos propósitos do presente estudo.

A grande contribuição das teorias abolicionistas repousa não exatamente na proposta apresentada (abolição do sistema penal) senão na crítica inflexível destinada ao sistema penal como um todo, que se tornou argumento fundante da criminologia crítica. Segundo seus autores, o sistema penal não é capaz de resolver eficazmente os conflitos sociais, subtraindo da vítima a possibilidade de uma solução que não implique castigo. De fato, o sistema penal valoriza expedientes que infligem a degradação aos processados e privilegiam soluções violentas e estigmatizantes, reproduzindo estereótipos e cindindo a sociedade de forma maniqueísta e seletiva.[19]

Genericamente, o ponto convergente dos abolicionistas reside na tentativa de satisfazer diversas expectativas sociais durante a solução do problema criminal, tais como a conciliação entre os envolvidos, reparação do dano à vítima e à sociedade e, precipuamente, a pacificação das relações sociais.[20]

Ferrajoli identifica no abolicionismo o perigo de se transformar em uma proposta antigarantista, vez que, com a extinção das regras penais, os demais sistemas jurídicos as absorverão inevitavelmente, com o diferencial de que não apresentarão direitos e garantias materiais e processuais ao acusado, subvertendo, pois, o ideal da abolição.

Ademais, acrescente-se, com Zaffaroni, que a transição para o abolicionismo pressupõe a transformação da sociedade em algo mais fraterno, justo e solidário, o que,

de fato, não aconteceu.[21] Até lá, os autores se “contentam” com o postulado do minimalismo penal.

### 3.2. Movimento da Lei e da Ordem

O movimento da Lei e Ordem representa uma política criminal expansionista que encontra terreno em muitos países de todo o mundo, especialmente nos Estados Unidos da América.

Para os defensores deste movimento, o direito penal é vislumbrado como imprescindível à estratégia de combate à criminalidade e de controle social.

A fim de atingir tal desiderato, o direito penal deve passar por um radical processo de revisão de suas bases e de seus dogmas estruturais, em busca de uma nova estratégia intervencionista, caracterizada pela proteção a novos bens jurídicos, pelo afrouxamento dos princípios penais garantistas tradicionais, pela antecipação da tutela penal através de crimes de perigo abstrato e delitos por acumulação, além da responsabilização penal das entidades coletivas e da redução da maioria penal.

Para os adeptos da Lei e Ordem a missão do direito penal não consiste na proteção subsidiária e fragmentária a bens jurídicos, como tradicionalmente idealizado, mas a manutenção da ordem vigente, reprimindo de maneira severa os comportamentos que possam afetar o *status quo*.

Stratenwerth, nesta ordem de idéias, reivindica como função precípua do direito penal, o “asseguramento do futuro”. Neste ponto, é seguido por Schünemann que defende que o direito penal deve atuar na segurança das futuras gerações, aludindo que a teoria clássica do bem jurídico e do delito são responsáveis por uma perversa inversão de valores, dado que habilita o direito penal para a proteção de valores individuais egoístas, em detrimento da proteção de valores fundamentais para a garantia de condições saudáveis de desenvolvimento de toda a comunidade.[22]

Seguindo o movimento político-criminal da Lei e Ordem, Jakobs desenvolveu o chamado direito penal do inimigo, conferindo uma nova finalidade à pena criminal, não mais como instrumento de tutela de bens jurídicos fundamentais, mas meio de reforço da confiança social na norma jurídico-penal. Ancorada em singular noção de prevenção geral (e neste ponto se destaca do movimento da Lei e Ordem que se apresenta retribucionista), sustenta que a violação da norma penal compromete a estabilidade social. O delito, para Jakobs, é a frustração das expectativas sociais de boa convivência coletiva. A pena aplicada enseja a reafirmação da vigência dos padrões sociais, funcionando como resposta à segurança cognitiva da vigência da norma.[23]

Nessa ordem de raciocínio, o comportamento desviado das expectativas sociais afeta a confiança na norma e o infrator penal tem o seu status de pessoa ameaçado. Quem se conduz na vida social constantemente como “satã”, não faz jus, ao menos neste ponto, ao tratamento condigno de pessoa humana.



O direito penal do inimigo trata, portanto, o acusado como “não-pessoa”, como uma fonte de perigo e, como tal, deve ser punido antecipadamente e de forma mais rápida e rígida. Aquele que se comporta como inimigo – ou “não-pessoa”, como prefere Jakobs – merece ser tratado como um verdadeiro inimigo pelo Estado. Segundo o autor, um indivíduo que não vive num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa[24].

Em consonância com esta nova tendência, vem-se construindo uma legislação “de luta”[25] contra a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, os delitos sexuais e outras infrações penais de especial gravidade.[26] Elimina-se aquele que não ostenta condições mínimas de ser tratado como pessoa, já que assim não se comporta perante a sociedade, legitimando um tratamento segregatório e ríspido, uma vez que outro comportamento dele não se espera, devendo ser enxergado, antes de tudo, como fonte de perigo.[27]

## 4. GARANTISMO JURÍDICO

### 4.1. Prelúdio

A teoria do garantismo jurídico, elaborada por Luigi Ferrajoli, volta-se à construção das colunas mestras do Estado de Direito, cujo fundamento consiste na tutela do indivíduo em face das variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente o direito penal.

Inspirado no ideal ilustrado e liberal (ilustrado em filosofia e liberal em política), o garantismo, na verdade, representa um modelo ideal, “utópico” de Estado de Direito, que os Estados “reais” podem mais ou menos se aproximar. Não se cuida de um Estado de Direito com viés unicamente liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas, principalmente, de um Estado social, conclamado a tutelar também os direitos sociais.

A partir da constatação de uma crise nos sistemas penais hodiernos, Ferrajoli cria a teoria do garantismo penal como resposta à vasta diferença entre normatividade e efetividade.[28] Posteriormente, observando cuidar-se de uma crise estrutural, Ferrajoli propõe uma teoria geral do garantismo, com potencial de aplicabilidade a todos os ramos jurídicos, uma vez que vincula o poder público à perseguição da efetivação dos direitos fundamentais.

Deste modo, a teoria geral do garantismo abrange os aspectos filosóficos, jurídicos e políticos, podendo ser conceituada de três formas: como um modelo de direito, como teoria do direito e como filosofia política. Trataremos destas três conceituações nos tópicos que se seguem.

### 4.2. Modelo de direito: o Estado de Direito garantista

Um modelo de direito garantista relaciona-se diretamente com a existência de um Estado de Direito. Não pode haver sistema garantista, máxime um sistema penal garantista, onde não houver um Estado de Direito. Cuida-se de noções correlatas, quase idênticas.

Para haver um Estado de Direito, é mister que o governo seja *sub leges e per leges*, ou seja, o Estado deve ser submetido às leis e governado mediante leis gerais e abstratas.[29] O poder deve ser conferido pela lei e exercitado na exata forma que esta estabelece, formal e materialmente.

O Estado de Direito, sob a perspectiva formal, subordina-se ao princípio da legalidade (mera legalidade), posto que o poder público, ao exercer sua missão constitucional, encontra-se submetido ao disciplinamento dos enunciados prescritivos, vale dizer, o exercício de suas atividades encontra limites e delineamentos nas leis gerais e abstratas de sua própria autoria.[30] Por outro lado, substancialmente, o Estado de Direito vincula-se à salvaguarda dos direitos fundamentais, sendo-lhe vedado lesar os direitos individuais (direitos de liberdade) e obrigado concretizar os direitos sociais.[31]

A fonte de legitimação de um Estado de Direito garantista depende da conjugação destes dois fatores: vinculação à lei (mera legalidade) e aos direitos fundamentais (estrita legalidade). Trata-se da fonte de legitimação formal e substancial, respectivamente, em que a lei é, ao mesmo tempo, condicionante e condicionada a determinados conteúdos substanciais.

Buscando a conformação de um Estado de Direito garantista, arremata o autor que deve haver regras pré-estabelecidas sobre “quem” pode e “como” se deve decidir, bem como sobre “o que” se deve e “o que não” se deve decidir. As regras sobre quem decide e como decide revelam o caráter político do Estado que, segundo o autor, deve ser democrático. As demais denotam o aspecto jurídico, estabelecendo limites aos poderes decisórios.

#### 4.2.1. Evolução político-ideológica do Estado

##### a) Estado de Direito

Antes de ser um Estado Democrático, o Estado Moderno nasceu como Estado de Direito, vale dizer, com regras limitadoras de seu exercício. Resultado da oposição histórica travada pelos burgueses contra os domínios da monarquia absolutista, autoritária e neutralizadora das manifestações individuais, a primeira faceta do Estado de Direito trazia em seu bojo o liberalismo como modelo econômico, propagando a limitação do poder do Estado à garantia da soberania e da inviolável majestade do indivíduo, o que implicava liberdade absoluta e separação dos poderes.

Enquanto o Estado de Direito se contrapôs ao Estado Absoluto, o Estado mínimo se contrapôs ao Estado máximo, em outras palavras, o Estado Liberal se afirmou na luta contra o Estado Absoluto em defesa do Estado de Direito e contra o

Estado máximo em defesa do Estado mínimo, conquanto nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e politicamente.

Neste cenário exsurtem os direitos fundamentais de primeira dimensão, essencialmente individuais, civis e políticos. Identificam-se como direitos de liberdade, de dimensão negativa, de resistência ou oposição ao Estado (direitos de), impondo-lhe uma abstenção, obstando quaisquer ingerências na esfera privada dos cidadãos.

Todavia, não obstante o avanço alcançado no sentido da consecução das liberdades públicas, a sociedade tornou-se vítima de suas próprias estruturas e a pobreza e a marginalização tomaram conta do cenário europeu. O excesso de liberdade, portanto, acabou por gerar graves desigualdades sociais.

Neste passo, nova revolução aconteceu, desta feita, tendo como mola propulsora a idéia de igualdade material, com a criação do Estado Social de Direito.

## b) Estado Social de Direito

No domínio econômico, o Estado Liberal expunha os fracos à sanha dos poderosos. Desde a sua primeira fase, a revolução industrial evidencia a desumana espoliação do trabalho humano, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia com justiça equiparar. [32]

A igualdade em que se arrima o Liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, um mundo de desigualdades de fato, no qual o homem explora o próprio homem, cuja liberdade consiste, unicamente, em submeter-se a seu alvedrio.

O surgimento do conteúdo social do Estado parte, pois, da constatação de que a não intervenção estatal nas relações individuais acarreta graves distorções sociais e que a função fomentadora da liberdade e da propriedade privada merece revisão profunda.

Percebendo o crescimento dos movimentos sociais que requestavam um maior comprometimento do Estado com a justiça social, o capitalismo transmudou-se, conferindo aos cidadãos direitos de índole positiva – ações, concernentes a prestações sociais estatais, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.[33]

O Estado incorpora, por conseguinte, um caráter positivo, em detrimento da mera abstenção própria do modelo liberal. Enquanto no Estado Liberal protege-se a sociedade do Estado, através da idéia de inibição, no Estado Social protege-se a sociedade por meio do Estado, através da idéia de ação em forma de prestações sociais. O foco de atenção desloca-se, portanto, do indivíduo para o grupo social.

Neste contexto ganham relevo os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão (sociais, culturais e econômicos – direitos a), principalmente durante o período do segundo pós-guerra mundial, quando adquiriram foros constitucionais. Revelam a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, compatibilizando o capitalismo como

forma de produção e a consecução do bem-estar social, elemento típico do chamado *welfare state*.

Deste período datam as primeiras noções de ordem econômica e social, quando as constituições passaram a discipliná-las de forma sistemática, despontando como marco inaugural a Constituição Mexicana de 1917.[34]

Os direitos sociais nasceram atrelados à idéia de igualdade material e consistem em atuações positivas estatais no sentido de possibilitar uma melhor condição de vida aos menos abastados e que por décadas foram objeto de exploração por seus pares.

Os direitos econômicos, por outro lado, dispõem de uma dimensão institucional, voltados à realização de uma determinada política econômica. Consistem no pressuposto de existência dos direitos sociais, uma vez que sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime social-democrático de conteúdo tutelar e paternalista.

Malgrado a nova concepção de direitos humanos originada pelo Estado de Bem-Estar Social, instituída através de uma ótica distributiva de direitos, com o desiderato de lograr-se uma sociedade mais humana e justa, o Estado Social, de *per si*, não foi capaz de concretizar as tão sonhadas igualdade e justiça social, nem a autêntica participação do povo no processo político, o que deu ensejo ao desabrochar do chamado Estado Democrático de Direito na segunda metade do século XX.

### c) Estado Democrático de Direito

A configuração do Estado Democrático de Direito não se cinge à mera aposição das características do Estado Democrático ao Estado de Direito. Representa muito mais. Pressupõe conceitos novos, agregando conteúdos dos Estados Liberal e Social às conquistas democráticas, o que permite identificá-lo como Estado transformador do *status quo*.

Seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna por intermédio do Estado, tal qual perseguido pelo Estado Social, e passa a agir como fomentador da participação efetiva e operante do povo na perseguição desta dignidade.

No Estado Democrático de Direito a solidariedade é apensada à questão da igualdade, que assume caráter comunitário, de participação da sociedade na melhoria da qualidade de vida individual e coletiva dos cidadãos. Se nos regimes totalitários o Estado é tudo e, no Liberalismo, representa quase nada, na democracia o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca pelo bem comum.[35]

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e deve ser por ele exercido, direta ou indiretamente. Há de ser um processo de liberação

das formas de opressão, que não depende do reconhecimento formal de certos direitos, mas de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Despertam, nesta realidade, os direitos fundamentais de terceira dimensão, concernentes a direitos de fraternidade e de solidariedade, que trazem como nota distintiva o fato de se desvincularem do homem considerado individualmente, destinando-se à proteção de toda a sociedade, e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Trata-se de direitos que exprimem novas necessidades do homem, geradas, precipuamente, pelo avanço tecnológico experimentado no século passado, tais como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente livre, sadio e equilibrado, à conservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, dentre outros.

Não há que se olvidar, outrossim, que é da essência do Estado Democrático de Direito a sujeição à Constituição e à legalidade democrática, vale dizer, compromete-se o Estado a elaborar e cumprir leis que efetivamente realizem o princípio da igualdade material e da justiça social, perscrutando sempre as finalidades sociais das normas e cotejando-as com os princípios fundamentais.

Tal como a vertente do Estado de Direito não pode, hodiernamente, ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado Democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de Direito. Assim como só existe um Estado de Direito Democrático, também só existe Estado Democrático de Direito, isto é, segundo regras jurídicas.[36]

Segundo Ferrajoli, para que um Estado de Direito seja verdadeiramente democrático, é mister a coexistência de um aspecto formal, no sentido de um Estado político representativo, baseado no princípio da maioria, e um viés substancial, vinculado à existência de efetivas garantias, liberais e sociais (Estado Liberal mínimo e Estado Social máximo), que limitam a atividade política, já que *nem sobre tudo se pode decidir, nem a maioria*.[37]

Conformado o Estado “Garantista” (Estado Democrático, substancialmente, de Direito) com um rol de direitos e garantias fundamentais bem definidos, o autor italiano constata a existência de uma questão aporética: quanto mais se incorpora num ordenamento direitos e garantias como deveres públicos, maior é diversidade entre normatividade e efetividade.[38]

À medida que são formuladas ambiciosas promessas nos níveis normativos superiores, mais difícil se apresenta sua concretização nos níveis inferiores. É bem verdade que, mesmo nos ordenamentos jurídicos “mais perfeitos”, há sempre uma margem de inaplicabilidade dos direitos fundamentais (o que impulsiona a pessoa lesionada a procurar as instâncias judiciais, a fim de ver concretizado seu direito); problema desponta quando essa falta de aplicabilidade se mostra em níveis patológicos, dado que acarreta a ilegitimidade jurídica do Estado de Direito. [39]

### 4.3. Teoria do Direito: (i)legitimidade interna

Tendo em vista a aporia irreduzível do Estado de Direito, concernente à disparidade entre normatividade e efetividade, faz-se imperiosa uma análise dogmática do direito e de seus institutos, precipuamente da vigência, validade e eficácia, a fim de se perscrutar sua (i)legitimidade.

*Se é verdade que o garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio de sua positivação no Estado de Direito, tal não é concebível fora do positivismo jurídico.[40]*

Foi com o fenômeno do positivismo jurídico, quando, na Idade Moderna, o Estado passou a ter monopólio da produção jurídica, que se possibilitou o estudo dos institutos jurídicos sob o ponto de vista dogmático, do dever-ser.

A grande novidade do Direito Moderno não está nos conteúdos, mas na forma legal, convencional, artificial, positiva do direito vigente, permitindo-se, assim, uma real distinção entre direito como sistema de normas (direito positivo) e ciência do direito.[41]

Subtraindo-se a análise filosófica e histórica do processo de positivação do direito, por não constituir objetivo do presente trabalho, o positivismo jurídico conferiu garantias aos cidadãos contra os arbítrios do Estado, máxime quando se trata da segurança jurídica ofertada pelo princípio da legalidade.

Juspositivismo dogmático, assim denominado por Ferrajoli, propugna por uma abordagem normativa do direito válido, o “dever-ser”, sem pretensões de observar sua efetividade. O realismo jurídico, por outro lado, pugna pelo “ser”, pelo direito como fato, faltando-lhe uma análise acerca da validade das normas. Por isso, tais modelos são criticados por Ferrajoli, taxando-os de modelos unidimensionais.[42]

Numa perspectiva garantista, um ordenamento deve voltar-se igualmente ao direito válido e efetivo, distinguindo vigor, validade e efetividade e realizando, sempre que possível, uma crítica interna, jurídica para que seja legítimo. Dita abordagem é chamada pelo autor de juspositivismo crítico.

A legitimidade interna do ordenamento, em Pontes de Miranda[43], observa a passagem por três planos: a existência, a validade e a eficácia. A norma existe quando se encontra integrada no ordenamento jurídico, cumprindo-se todo o processo de produção normativa. Existir é simplesmente estar no mundo jurídico. É uma situação fática do mundo, independente de ser vigente, válida ou eficaz.

A validade, para o autor alagoano, constitui uma qualidade da norma jurídica existente, vista exclusivamente do ponto de vista dogmático, da perfeição da norma jurídica, da sua compatibilidade com a Constituição.[44] Por sua vez, a eficácia consiste na possibilidade de produção concreta de efeitos porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para a sua observância, espontânea ou imposta – efetividade ou eficácia social – ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para a sua aplicação – eficácia técnica ou jurídica.[45]

Para Ferrajoli, diferentemente do alvitrado por Pontes de Miranda, para que uma norma seja considerada vigente é imprescindível que satisfaça as condições de validade formal, ou seja, que seja produzida em consonância com o estabelecido. O juízo sobre a validade das normas, d'outra banda, vincula-se ao aspecto substancial, resguardando o conteúdo que se revele em conformidade com as normas de nível superior.[46]

Analisando, por fim, o postulado clássico de que ao juiz cabe fidelidade às leis, Ferrajoli propõe uma releitura. Caberá ao juiz interpretar e aplicar uma lei ao caso concreto sempre que esta se apresentar *pari passu* com a Constituição. Do contrário, deverá o juiz dar aplicabilidade à Constituição, e aos direitos fundamentais, declarando a invalidade da norma inferior.[47]

Neste processo de “expansão” da Constituição sobre os demais ramos do direito, mormente do direito penal, reside a (i)legitimidade do direito. Quanto mais aproximado dos preceitos constitucionais mais legítima será a norma inferior. Inversamente, se a norma se afastar do prescrito pela norma superior, será eivada de invalidade e expurgada do sistema.

#### 4.4. Filosofia política: (i)legitimidade externa

Questiona o autor, nesta terceira conceituação de garantismo, qual seria a justificação externa ou política do Direito. Com supedâneo em Luhmann, Ferrajoli pondera que há fontes de legitimação que “vêm de cima”, autopoieticas, e aquelas que “vêm de baixo”, heteropoieticas, e segue explicando.

Para um sistema político autopoietico, o Estado é um fim em si mesmo e encarna valores ético-políticos de característica supra-social ou supra-individual, cuja conservação deve ser buscada a qualquer preço, funcionalizando-se, inclusive, os direitos fundamentais. Para as doutrina heteropoieticas, ao reverso, o Estado se desvela como um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.[48]

O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoietica do direito, separado da moral. Nega um valor intrínseco de direito somente porque vigente, demonstrando uma visão utilitarista e instrumental do Estado, voltado à satisfação das expectativas de concretização dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que os escopos e valores de justificação externa do Estado e do direito nunca são plenamente realizados, a legitimação política do poder, mais ainda que sua legitimação jurídica, apresenta-se inexoravelmente imperfeita.

Nos regimes absolutos, onde a legitimação provem “do alto”, a legitimidade do poder é absoluta, perfeita, já que incondicionada. Por outro lado, no Estado de Direito a legitimação relativiza-se, mensurando-se em graus. Garantismo e democracia consistem modelos normativos imperfeitos, irrealizáveis por completo. Por isso alude Bobbio: *O garantismo é um modelo ideal, do qual nos podemos mais ou menos nos aproximar.*

*Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente.[49]*

4.5. Garantismo penal: o garantismo jurídico aplicado ao sistema penal e a política criminal minimalista

Exposta a linha condutora do pensamento garantista, impende analisá-lo como técnica de política criminal, vale dizer, como uma forma de “fazer” direito penal alternativamente aos modelos estudados nos tópicos acima. Modelo este que, a nosso ver, é o que mais se compatibiliza com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

O direito penal garantista representa a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Sem olvidar os direitos da vítima ou da sociedade, um modelo garantista deve primar pela efetiva proteção das garantias materiais e processuais do réu.

Nos moldes do direito penal clássico, adotado tradicionalmente pelo nosso ordenamento, possui como postulado basilar o princípio da intervenção mínima, que impõe ao legislador uma rígida predeterminação durante o processo de qualificação do delito, autorizando-o a criminalizar comportamentos apenas quando houver graves ofensas aos bens jurídicos mais importantes e, igualmente, quando os outros ramos jurídicos não se mostrarem eficientes a tal desiderato.[50]

A intervenção penal, além de exigir o respeito ao princípio da legalidade estrita, reclama e impõe a presença da ofensividade social como forma de legitimação de atuação, fundado no desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade do bem jurídico tutelado, figurando imprescindível o reconhecimento da dignidade penal e da necessidade de sanção, reveladores de sua concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal.[51]

Figueiredo Dias entende que se deve açoiar a evolução do paradigma penal que ponha em xeque a defesa consistente e efetiva dos direitos humanos e o pluralismo ideológico e axiológico. Por isso, alude o autor que cumpre manter-se a recusa de qualquer concepção penal estribada na extensão da criminalização, onde o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual.[52]

Vale dizer, qualquer movimento irracionalmente expansionista do direito penal que venha a olvidar o princípio da intervenção mínima deve ser taxado de ilegítimo, sob o rígido marco de um Estado de Direito Democrático, fundado na dignidade humana como axioma-mor.

Mais do que nunca se defende que o direito penal deve recusar guarida a movimentos inovadores que, sob o falsa aparência de promover a segurança social, destinam-se, na verdade, à flexibilização de seus conceitos estruturais garantísticos, sob o pálio de um sistema penal punitivista, incompatível com seu papel de protetor subsidiário de bens jurídicos e com os ideais democráticos a que presta serviço.



O direito penal só deve intervir se comprovada a lesividade concreta do bem jurídico criminal, em situação de afronta à coletividade. Impõe-se a produção de um dano ou de um perigo concreto de dano de forma significativa, capaz de afetar as condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade humana.

A conduta violadora deve comportar, inegavelmente, um juízo de danosidade material, capaz de abalar o sistema econômico-social. No entanto, a danosidade não se revela ainda suficiente para justificar a intervenção penal, impondo verificar se outro ramo jurídico poderá alcançar os objetivos pretendidos. Labora nesse sentido o conceito de carência de sanção penal que se manifesta através do princípio da subsidiariedade.

Sob a égide da política criminal minimalista (de intervenção mínima), o direito penal deve ser utilizado quando presentes condutas violadoras de um bem jurídico alçado ao patamar de dignidade penal (constitucional), sempre que se revelar impossível sua eficaz proteção por outros meios de controle social, formal ou informal. Atua, desarte, a dogmática penal de forma subsidiária, como *ultima ratio*, apenas quando esgotados todos os instrumentos de menor lesividade que aqueles proporcionados pelo direito penal.

Constatada a dignidade penal do bem jurídico que se almeja tutelar, bem como a ineficácia dos demais meios de controle social – carência de tutela penal, resta perscrutar se a utilização do aparato penal será apta ao atendimento da finalidade para a qual foi instituída, denotando adequação da tutela penal.

A legitimidade da proteção somente se perfaz quando se conclui pela sua eficácia ou aptidão para cumprir a finalidade que dela se espera. Exige-se, assim, uma escolha racional e justificada do instrumento mais adequado e menos oneroso ao cidadão.

Expostos os requisitos para a ostentação do epíteto ilícito penal, impõe-se, segundo Palazzo, a realização de um processo de descriminalização de condutas atentatórias à ordem econômica que não contem com suficiente mérito para ostentar a categoria de ilícito penal, vale dizer, para aquelas condutas que não sejam merecedoras de tutela penal ou não apresentem necessidade de pena impõe-se a descriminalização.[53]

Resumidamente, essas seriam as bases para um direito penal garantista, protetor dos direitos e garantias fundamentais, que serviria de base para uma política criminal garantista. Vale dizer, respeitando os postulados alvitados, o Estado encontra-se “livre” para adotar medidas de combate à criminalidade.

Nas palavras de Franz Von Liszt: *o direito penal consiste na barreira infranqueável da política criminal.*[54]

## 5. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE AS POLÍTICAS PENASIS

Estabelecidos os delineamentos de um direito penal garantista e das políticas criminais admissíveis num Estado Democrático de Direito, resta a questão: pode o Poder Judiciário intervir na política criminal adotada?[55]

Seguindo a linha de pensamento adotada no decorrer deste trabalho, no sentido de que pode e deve o juiz intervir em políticas públicas para conferir aplicabilidade aos direitos fundamentais, como muito mais razão a intervenção judicial nas políticas penais, desde que voltada à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

No campo penal, e dentro do âmbito de um processo penal, é que o “ativismo”[56] judicial se desvela premente e inexorável, uma vez que se trata do ramo jurídico que impõe a consequência mais gravosa ao cidadão, qual seja, a privação da liberdade.

Neste sentido, não pode o juiz ficar “amarrado” à opção política adotada quando esta escolha contrarie e viole os direitos fundamentais do acusado, porquanto seu comprometimento maior é com o Estado Democrático de Direito e com a Constituição que adota, ainda que implicitamente, um modelo de direito penal e processual garantista.[57]

Sempre que, com objetivos oportunistas e eleitoreiros, o legislador expandir o direito penal para áreas que não lhe compete atuar, o juiz, realizando um juízo de constitucionalidade, deverá dar guarida à Carta Maior e recusar aplicabilidade à norma maculada, posto que, como diz Ferrajoli:

O que significa de fato que uma lei existe ou está em vigor? Significa apenas que está expressa por um texto legislativo não anulado e pode ser portanto aplicada mediante providencias válidas relativamente a ela. Mas isto não tolhe que ela possa ainda não ser aplicada, toda vez que o juiz a considere inválida. Em tal caso, dever-se-ia mesmo dizer que estes *devem* não aplicá-la, (...) [58]

Nunca é demais mencionar que a Constituição representa não apenas um paradigma de interpretação, mas, precipuamente, limite da atuação do Poder Público. Vincula a ação do Estado em todos os sentidos e impõe que tal ação esteja voltada à realização de suas disposições, ou seja, dos direitos fundamentais. O Estado deve se pôr como instrumento de concretização destes direitos.

Deste modo, sempre que o legislador, em seu mister constitucional, violar a Constituição restringindo indevidamente direitos dos acusado, deverá o Poder Judiciário fazer prevalecer a supremacia da Constituição.

## 6. CONCLUSÃO

A temática do presente trabalho se desenvolve no entorno de uma teoria da Constituição capaz de se sobrepôr a situações político-econômicas, e de confirmar uma ordem constitucional pautada na supremacia da Constituição, na força normativa e vinculante dos direitos fundamentais e na consolidação do Estado como instrumento de efetivação das normas constitucionais.

Neste contexto, mostra-se crucial o papel do Poder Judiciário, enquanto protetor dos direitos e garantias fundamentais, conformando, se necessário, a própria atuação administrativa e legislativa dos poderes constituídos. O Estado Democrático de Direito impõe a existência de um Poder Judiciário imbuído de vontade de Constituição, consciente de seu importante desiderato na efetivação das normas constitucionais, que não se furte em decidir acerca da adequação das ações governamentais para o implemento dos direitos fundamentais.

Este ativismo judicial também é esperado no campo penal, devendo o magistrado conformar o direito e as políticas criminais aos postulados constitucionais, vale dizer, não pode descuidar que a dignidade penal e a carência de pena criminal representam o elemento nuclear de legitimação da intervenção penal.

Fundadas no desvalor da ação, do resultado e no elevado grau de lesividade do bem jurídico tutelado, a dignidade penal e a necessidade de sanção, revelam a concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal que consolidam a existência de Estado Democrático de Direito pautado na dignidade da pessoa humana, ideais estes defendidos pelo Garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista trimestral de Direito Público**. N. 13. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CLÈVE, C. M. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais, In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: RT, 1997.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional . In [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br). Acesso em 20 de julho de 2008.

DELLA VÍA, Alberto. Los jueces frente a la política. In **Doxa**.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 33, jan./mar. de 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_ & BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 32, out./dez. de 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma política criminal. Três temas de direito penal.** Porto Alegre: FESMP, 1993.

JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção.** Barueri, SP: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_ & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas: a imposição dos princípios constitucionais penais.** Recife: O Autor, 2006.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal.** São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista do direito do Estado.** Renavan, ano 2, 2007.

MARCHI JUNIOR, Antonio de Pódova. Abolicionismo criminal. In [www.ufba.br/direito/artigos/385](http://www.ufba.br/direito/artigos/385). Acesso em 20 de março de 2008 às 23:38.

MAZZILI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: A autor: 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1999.

REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. In [www.realeadvogados.com.br](http://www.realeadvogados.com.br), acesso aos 24 de janeiro de 2006 às 14:30.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal No Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

---

[1] Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Advogada. Bolsista pela FAPEAL.

[2] OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2006. p. 280.

[3] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional . In [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br). Acesso em 20 de julho de 2008 às 20:43.

[4] BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista trimestral de Direito Público.** N. 13. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 135.

[5] Neste trabalho não será estudada a questão, mui atual, acerca dos custos dos direitos, tendo em vista refugir ao proposto.

[6] COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** São Paulo: RT, 1997. p. 18.

[7] CLÈVE, C. M. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais, In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 388.

[8] OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. p. 294.

[9] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 05.

[10] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 155.

[11] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** v. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 278 e ss;

[12] OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 294.

[13] GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 47.

[14] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 08.

- [15] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 10.
- [16] Idem, ibidem. p. 10.
- [17] MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista do direito do Estado**. Renavan, ano 2, 2007. p. 245.
- [18] Apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. p. 201.
- [19] MAZZILI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 81.
- [20] MARCHI JUNIOR, Antonio de Pódova. Abolicionismo criminal. In [www.ufba.br/direito/artigos/385](http://www.ufba.br/direito/artigos/385). Acesso em 20 de março de 2008 às 23:38. p. 02.
- [21] **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 58.
- [22] Apud MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 180-181.
- [23] Apud GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, nº 32, p. 143, out./dez. de 2000.
- [24] JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 10.
- [25] Veja-se, no Brasil, a Lei dos Crimes Hediondos – 8,072/90, a Lei de Combate ao Crime Organizado – 10.217/07 e 11.343/06, dentre outras.
- [26] JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.
- [27] Idem, Ibidem. p. 21
- [28] Op. cit. p. 683.
- [29] Conceituação sugerida por Bobbio e seguida por Ferrajoli. Op. cit. p. 687.
- [30] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 687.
- [31] Idem, ibidem. p. 687.
- [32] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 45.



- [33] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 56.
- [34] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005. p. 285.
- [35] SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal No Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41.
- [36] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 231.
- [37] Op. cit. p. 694.
- [38] Op. cit. p. 695.
- [39] Aduz Ferrajoli cuidar-se de uma aporia irreduzível nos Estados de Direito, já que nunca haverá aplicabilidade integral dos direitos fundamentais. Esta situação não se apresenta nos Estados Absolutistas, posto que, nestes, não há promessas a ser concretizadas. Op. cit. p. 696.
- [40] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 696.
- [41] Idem, ibidem, p. 697.
- [42] Op. cit. p. 699.
- [43] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1999. p.58
- [44] Kelsen, por outro lado, não identifica o plano da existência, aludindo que a validade representa a criação da norma segundo o preceituado. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1995.
- [45] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24.
- [46] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 699.
- [47] Idem, ibidem, p. 700-701.
- [48] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 706.
- [49] No prefácio da obra. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 09.
- [50] LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas: a imposição dos princípios constitucionais penais**. Recife: O Autor, 2006. p.122.

[51] REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. In [www.realeadvogados.com.br](http://www.realeadvogados.com.br), acesso aos 24 de janeiro de 2006 às 14:30. p. 14.

[52] DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 33, p. 52, jan./mar. de 2001.

[53] GOMES, Luiz Flávio; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002. p. 66.

[54] Apud HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: FESMP, 1993.

[55] No âmbito penal as políticas públicas assumem a particularidade de serem expressas, em regras, através de lei em sentido estrito, em face do princípio constitucional da legalidade.

[56] DELLA VÍA, Alberto. Los jueces frente a la política. In **Doxa**. P. 22.

[57] Muitas dessas violações podem ser encontradas no direito brasileiro, tais como a redação original da Lei 8.072/90, 10.217/07, 11.343/06, dentre outras.

[58] Op. cit. p. 700.