

XI SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FMP (2021)

AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Autor: Rafael Alves Nolibos

Orientador: André Machado Maya

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP

Linha 01: Tutelas a efetivação de direitos públicos incondicionados

O projeto se enquadra no Grupo de Trabalho 1 - GT 1, a saber Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionais, notadamente na temática Multiculturalismo, Constituição e Direito Penal. O título, Ação Penal Privada Subsidiária da Pública como Garantia Fundamental, objetiva a delimitar o escopo de pesquisa do presente trabalho, de maneira que a investigação se debruce na estrutura dos direitos fundamentais *lato sensu*, a fim de se constatar a possibilidade de restrição, especialmente pelo legislador ordinário, da ação penal privada subsidiária da pública, razão pela qual é perceptível que o método aplicado fora o dedutivo. Veja-se que a problemática refere-se à legitimidade das restrições legislativas ao exercício da garantia constitucional, portanto, como objetivo geral, pretende-se sanar esse anseio jurídico. Para tanto, socorre-se à exposição do conceito, da estrutura e da possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, à diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, e ao estudo da ação penal privada subsidiária como garantia fundamental, utilizando, principalmente, a pesquisa bibliográfica, mas também a pesquisa documental. Essencial salientar que a justificativa para a realização desta pesquisa repousa na importância do estudo das restrições e seus limites ao exercício desta gama de direitos de extrema relevância jurídica, bem como na ideia de que esta garantia representa uma medida assecuratória a uma parcela de liberdade dos destinatários da *Lex Fundamentalis*. Observa-se que as normas jurídicas são compostas por regras e princípios, sendo estes aplicados mediante ponderação e aquelas por meio de subsunção. Partindo deste pressuposto, foi possível aferir o caráter principiológico das normas que expressam os direitos fundamentais, uma vez que são originárias do direito dos homens (prisma filosófico), sendo, assim, representações da essencialidade da vida humana, e por sua característica de irridiar ao ordenamento jurídico. Este caráter normativo, outorga aos direitos fundamentais eficácia *prima facie* plena, uma vez que são comandos de otimização, cumprindo-se em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Este entendimento valida a hipótese de restrição aos direitos fundamentais, haja vista que a ponderação induz na possibilidade de aplicação ou não de determinada medida conforme a carga argumentativa desprendida, contudo deve-se observar o conteúdo especial expressado pela norma fundamental. Ainda, embora recebam o mesmo tratamento, direitos e garantias fundamentais se diferem terminologicamente, ao passo que o direito refere-se ao direito subjetivo de uma posição jurídica autônoma, e a garantia aparece como uma ferramenta para que este direito seja tutelado. A ação penal privada é uma garantia fundamental, pois é medida assecuratória do direito à segurança jurídica, mas, além disso, também expressa um direito subjetivo ao prever a possibilidade do indivíduo ingressar com a ação penal privada subsidiária, portanto não se trata de mera garantia, mas sim de um direito-garantia. Enfim, é possível chegar à conclusão de que, o caráter principiológico dos direitos fundamentais, consagra a possibilidade de restrição ao direito-garantia da ação penal privada subsidiária da pública, necessitando para tal

extensa carga argumentativa em sentido oposto à norma fundamental.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Restrição aos Direitos Fundamentais; Garantia Fundamental; Ação Penal Privada Subsidiária da Pública.