



UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
"JÚLIO DE MESQUITA FILHO"
Campus de Marília



**CULTURA
ACADÊMICA**
Editora

Garantismo penal integral:

O instrumento de proteção suficiente e eficaz dos direitos fundamentais individuais e coletivos

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

Roberto da Freiria Estevão

Como citar: CORDEIRO, G. H. A.; ESTEVÃO, R. F. Garantismo penal integral: O instrumento de proteção suficiente e eficaz dos direitos fundamentais individuais e coletivos. *In*: DIAS, L. F.; ALONSO, R. P.; RAZABONI JUNIOR, R. B. **Novos direitos na contemporaneidade - Vol. 1**. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2021. p. 125-140.

DOI: <https://doi.org/10.36311/2021.978-65-5954-099-0.p125-140>



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial-ShareAlike 3.0 Unported.

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição - Uso Não Comercial - Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não adaptada.

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported.

8

GARANTISMO PENAL INTEGRAL: O INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO SUFICIENTE E EFICAZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

*Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro*¹

*Roberto da Freiria Estevão*²

INTRODUÇÃO

Uma das grandes conquistas do Estado Liberal, após a queda do absolutismo monárquico, foi à consolidação do reconhecimento, por parte do Estado, de uma gama de direitos aos seus cidadãos, conhecidos como direitos fundamentais. O grande avanço se deu porque, até então, o Estado era personificado na pessoa de seu governante, era revestido de poderes

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (2009). Mestrando em Direito (Teoria do Direito e do Estado) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista Tupã (1980). Especialista em Processo Penal pela PUC-SP. Mestre em Direito (Teoria do Direito e do Estado) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Integrante do grupo de pesquisa “DiFuSO” (Direitos fundamentais sociais). Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

ilimitados em face de seus cidadãos, inclusive com poder de disposição sobre os mais caros bens jurídicos de seu povo, a exemplo da vida, da incolumidade física e da liberdade.

A nova ordem jurídica surge, então, a partir da edição de documentos legislativos, dotados de eficácia normativa, que estabeleceram limitações dos próprios poderes estatais em prestígio aos direitos de seu povo, mitigando-se sensivelmente a ingerência estatal no âmbito das liberdades individuais. Consagra-se, nesse diapasão, o novo paradigma liberal da primazia da lei, trazendo consigo o consectário da impessoalidade, emergindo a ideia de que somente um documento normativo de natureza geral e abstrata seria capaz de tratar todos de forma semelhante, impedindo-se privilégios e detrimentos legalmente injustificados.

Neste primeiro momento, todavia, ressalte-se que o Estado Liberal reconhecia tão somente direitos negativos consistentes em liberdades individuais, que não poderiam ser violadas inadvertidamente pelo Poder Público sem motivo legalmente justificado. Vale dizer, o Estado Liberal impôs a si mesmo o dever de não intervir na esfera de alguns direitos individuais da pessoa. Afirma-se, pois, que essas liberdades negativas reconhecidas pelo Estado Liberal, são direitos de primeira dimensão, a saber, os civis e políticos, a exemplo da vida, da liberdade ambulatoria e do patrimônio privado.

Nesse contexto, sob o prisma do Direito Penal, assume o princípio da proporcionalidade o importante papel de mecanismo proibitivo da hipertrofia punitiva, assegurando-se aos infratores da norma a imposição de sanções razoáveis e consonantes à reprovabilidade da conduta praticada, consagrando a noção de garantismo negativo.

Com o passar das décadas, o liberalismo revelou a ocorrência de distorções sociais, constatando-se que muitas pessoas, mesmo tendo sido tratadas rigorosamente de forma igualitária pelo Estado – sob o prisma formal –, permaneciam desequiparadas quanto aos direitos em relação à outra parcela da população. Tornou-se, pois, necessária a atuação proativa do Estado em favor de parcela de seu povo para corrigir as assimetrias, com

o nítido propósito de promover o viés substancial da igualdade enquanto axioma social.

Surgem, então, os direitos fundamentais de segunda dimensão, de natureza prestacionais, quais sejam, os direitos sociais, econômicos e culturais, que demandam do Estado não somente seu reconhecimento normativo e aplicabilidade imediata, mas a sua efetiva materialização em prestações positivas de natureza obrigacional, plenamente exigíveis e justificáveis em caso de descumprimento.

De efeito, o reconhecimento constitucional do direito social à segurança impõe aos entes federativos a intransigente salvaguarda de seus cidadãos em face de ataques intoleráveis praticados por agentes públicos e também por particulares, exigindo não apenas a repressão suficiente por fatos pretéritos, mas, em especial, a implementação de mecanismos proativos de profilaxia para assegurar a segurança da sociedade enquanto direito fundamental.

Emerge-se, assim, sob este prisma, um novel viés do princípio da proporcionalidade, agora com natureza prestacional, assegurando aos cidadãos a promoção e a concretização em favor da coletividade o direito social à segurança, com mecanismos suficientemente eficazes e rígidos para a efetiva proteção da prerrogativa à baila.

Somente a partir de então, o conceito de garantismo penal assume o caráter de garantismo integral, na exata medida em que exige do Poder Público que não se exceda no regular exercício do *jus puniendi* (viés negativo) e que, especialmente, proteja suficientemente seus cidadãos (viés positivo) em face do próprio ente estatal e, também, de eventuais insurgências intoleráveis por parte de terceiros particulares.

Portanto, percebe-se que um dos grandes desafios do direito penal contemporâneo, indiscutivelmente, tangencia a assimilação de um garantismo penal integral e consentâneo com o Estado Democrático de Direito, apto a assegurar a proteção eficaz, por parte do Estado em relação a seus cidadãos, tanto direitos fundamentais de natureza individual quanto os de natureza coletiva.

Este é o enfoque do presente trabalho, que, em relação ao procedimento metodológico, lastreia-se, fundamentalmente, em pesquisa bibliográfica. O desenvolvimento do método de abordagem terá viés dialético e sistêmico, optando-se pelo método dedutivo.

1. O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

O direito penal, sob o prisma sociológico, é um dos instrumentos de que o Estado lança mão para a realização do controle social de comportamentos desviados, com o propósito de assegurar a disciplina social e a convivência harmoniosa em comunidade.

O crime, depois de ter sido assimilado alhures como um pecado contra a divindade e, com a separação entre a Igreja e o Estado, como um ato contra a nação, passou, a partir do Século XVIII, com Feuerbach, a ser compreendido como um ato que lesa direitos subjetivos dos membros da sociedade (SILVEIRA, 2003, p.38). Posteriormente, já no Século XIX, Birnbaum supera a ideia violação a direitos subjetivos, passando a compreender o crime como a ofensa aos valores mais relevantes de uma sociedade, que poderiam ser chamados de bens jurídicos (GOMES, 2002, p. 74).

Desde então, até os dias atuais, infere-se que “a tarefa imediata do Direito Penal é de natureza eminentemente jurídica e, como tal, primordialmente destinada à proteção dos bens jurídicos” (MIRABETE, 2006, p. 23). Compreenda-se por bens jurídicos os valores ou interesses relevantes imprescindíveis à coexistência e ao desenvolvimento do homem em sociedade e, justamente por isso, mercedores de tutela penal.

Uma vez consolidada a função do direito penal de proteger bens jurídicos, passa-se a perquirir qual o critério a ser adotado pelo Estado na seleção das condutas humanas deletérias que seriam consideradas criminosas, às quais se imporiam sanções penais que implicarão restrições a direitos de seus cidadãos, a exemplo de seu patrimônio e, em última instância, à liberdade de locomoção. Nesse diapasão, é pacífico que o

critério do legislador para a seleção dos bens jurídicos a serem protegidos pela lei penal deve ter como filtro os valores jurídicos fundamentais consagrados pela Constituição. Por isso, “[...] a tarefa do legislador [...] não seria outra senão a de incorporar ao ordenamento *jurídico-penal* os valores mais importantes plasmados de modo vinculante na Constituição” (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 263).

Tem-se, portanto, que somente há intervenção penal legítima e consentânea com os ditames do Estado Democrático de Direito na incriminação de uma conduta humana que cause relevante, efetiva e intolerável lesão ou perigo concreto de violação a um bem jurídico alheio dotado de elevada importância social, prestigiando-se os princípios da ofensividade e da alteridade.

Não basta, contudo, conferir uma proteção penal meramente teórica a certos entes eleitos pelo legislador como suscetíveis de proteção: é necessário que o Estado confira uma proteção efetiva e suficiente àqueles bem jurídicos constitucionalmente consagrados contra ataques e ameaças de terceiros. Assim, consolida-se o conceito de garantismo positivo, exigindo-se que o Poder Público confira proteção penal suficiente e eficaz aos direitos fundamentais tutelados pela norma penal, consolidando-se o conceito de proibição da proteção insuficiente, idealizado por Claus Canaris.

Tradicionalmente, entretanto, o conceito de bem jurídico sempre teve relação com a pessoa humana individualmente considerada, motivo pelo qual a tipificação das infrações penais sempre se deu em razão da efetiva lesão (crimes de dano) ou da mera exposição concreta a perigo (crimes de perigo concreto) dos referidos valores protegidos pela norma penal. Exemplificativamente, dentre outros, temos como bens jurídicos tradicionalmente reconhecidos a vida, a incolumidade física, a tranquilidade domiciliar, o patrimônio, a dignidade sexual.

Ocorre que as transformações sociais e tecnológicas dos últimos tempos que nos contextualizam em uma sociedade de risco, conforme preceitua Ulrich Beck, têm influenciado o direito penal, fazendo surgir a necessidade de expandir o direito penal para assegurar uma resposta estatal

atualizada e eficiente frente às novas condutas perniciosas ao corpo social decorrentes dessas inovações (AZEVEDO, 2012, p. 71). Surge, assim, a ideia de proteção de bens jurídicos supraindividuais, rompendo com o paradigma secular de tutela penal circunscrita a valores individuais, ante a necessidade de criar tipos penais que assegurem o controle social de novos bens jurídicos de caráter coletivo.

Cuida-se do que se convencionou denominar na doutrina de espiritualização (desmaterialização, dinamização ou liquefação) dos bens jurídicos, na exata medida em que o direito penal passa a proteger valores individuais não vinculados a pessoas determinadas, mas pertencentes à coletividade, a exemplo do meio ambiente e da ordem econômica (AZEVEDO, 2012, p. 72).

Há, portanto, uma significativa mudança na compreensão de conceito de bem jurídico, porque o direito penal passa a se distanciar da objetividade natural e do eixo individual, para dar enfoque na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de caráter mais vago e abstrato (MACHADO, 2005, p. 107).

Como decorrência inevitável da espiritualização de bens jurídicos, surge a necessidade da criação de crimes de perigo abstrato, exigindo-se uma releitura do princípio da ofensividade ou da lesividade, consentânea com a sociedade de risco hodierna, que exige a proteção de bens jurídicos metaindividuais para assegurar a coexistência social harmônica.

Se, por um lado, o direito penal é um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos mais relevantes de uma sociedade, por outro, também se presta à limitação do poder de punir do Estado, notadamente porque impõe ao Estado a observância de caríssimos parâmetros legais, como a legalidade, a taxatividade, a anterioridade, a necessidade e a proporcionalidade.

De qualquer forma, percebe-se, claramente, que, através dos séculos, o direito penal pode ser visto como instrumento de proteção dos direitos fundamentais mais caros à sociedade, funcionando o princípio da proporcionalidade como importante vetor norteador do direito de punir do Estado.

2. DA PROIBIÇÃO DA HIPERTROFIA PUNITIVA À VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE DOS BENS JURÍDICOS

O direito de punir do Estado, notadamente sob a égide do Estado Liberal de Direito, estava limitado pelo princípio da proporcionalidade, exigindo que as penas infligidas fossem razoáveis e consonantes com a reprovabilidade do fato criminoso praticado, repudiando-se a ideia de hipertrofia punitiva.

A concepção de princípio da proporcionalidade, todavia, naquele contexto histórico, estava circunscrita à ideia negativa de proteção dos direitos do cidadão contra excessos inadvertidos por parte do Poder Público, sedimentada a partir do Estado Liberal de Direito, período em que apenas se reconheciam as chamadas liberdades negativas na esfera dos direitos fundamentais.

Cuida-se do mais conhecido corolário da proporcionalidade: a proibição do excesso ou vedação da hipertrofia punitiva. Sobre o tema, assim é a exegese de Sarlet (2008, p. 155):

[...] para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação.

Evidentemente, a preocupação do Estado Liberal de Direito com a proteção tão somente com a hipertrofia punitiva é plenamente justificada pelo momento histórico em que se situa, com uma preocupação circunscrita

aos direitos fundamentais de primeira dimensão, a exemplo da liberdade ambulatoria.

Com a égide do Estado Democrático de Direito, todavia, a evolução da teoria dos direitos fundamentais passou a reconhecer direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, impondo ao Estado o dever de materializar estes direitos aos seus cidadãos através de obrigações positivas, exigíveis e justicáveis.

Surge, a partir de então, uma nova face positiva do princípio da proporcionalidade – consonante com o Estado Democrático de Direito –, a saber, o dever de proteção suficiente do Estado em relação aos direitos fundamentais de seus cidadãos. Assim, o princípio da proporcionalidade passa a agregar em sua estrutura normativa não apenas a concepção negativa de proibição do excesso, mas, igualmente, um viés positivo da proibição da proteção insuficiente.

Parafraseando Streck (2004):

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas 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).

Nada obstante, conforme Sarlet (2005, p.180):

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

A ideia de proibição da proteção insuficiente aos direitos fundamentais, aglutinada à vedação da hipertrofia punitiva, portanto, resulta na edificação teórica denominada garantismo penal integral, uma releitura da teoria do garantismo penal edificada pelo italiano Luigi Ferrajoli, a respeito da qual o capítulo seguinte pretende minudenciar, dimensionando-o como instrumento de proteção eficaz dos direitos fundamentais.

3. O GARANTISMO PENAL INTEGRAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO EFICAZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

A teoria do garantismo penal foi elaborada na década de 1980 pelo italiano Luigi Ferrajoli, surgindo como política criminal que pretende estabelecer meio termo entre o direito penal máximo e o abolicionismo penal. Conceitua-se, com efeito, tradicionalmente o garantismo penal como o modelo de política criminal que busca diminuir no mínimo o poder punitivo do Estado e aumentar ao máximo as liberdades individuais do cidadão.

Extraí-se, contudo, desse conceito tradicional um modelo de garantismo penal à brasileira, com uma acepção unitária e exclusivamente negativa, consentânea apenas às necessidades do Estado Liberal de Direito na proteção das liberdades individuais, o que se revela plenamente compreensível, diante do contexto histórico brasileiro imediatamente posterior a um longo período autoritário de governos que suprimiram inúmeros direitos fundamentais de primeira dimensão, especialmente o direito geral à liberdade, especificamente de manifestação, de expressão, de pensamento e de locomoção.

Entretanto, com efeito, em que pese seja louvável a intransigente defesa dos direitos fundamentais individuais – inclusive dos investigados e acusados em geral –, é necessário observar que, à luz de uma concepção sistêmica e integral da Constituição da República, consentânea com um Estado Democrático de Direito, a ordem jurídico-constitucional pátria prevê outros direitos e deveres constitucionais igualmente merecedores de igual preocupação, a exemplo dos direitos coletivos e sociais.

Assim, à visão parcial e obnubilada apresentada por boa parte dos autores brasileiros sobre o garantismo penal, tem-se denominado garantismo hiperbólico monocular, expressão cunhada por Fischer (2009), segundo o qual:

Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados.

Nesse diapasão, sugere-se a essa visão parcial do garantismo a nomenclatura de garantismo claudicante, em referência ao imperador romano Cláudio, que padecia de coxeadura.

A ideia, portanto, de garantismo integral reclama a aglutinação de uma face positiva, consistente no dever prestacional do Estado de salvaguardar os mais caros bens jurídicos fundamentais de seus cidadãos em face de ataques intoleráveis e ilícitos praticados por terceiros.

Sobre o garantismo positivo, eis a exegese de Streck (2005):

É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

Consequentemente, a visão igualmente monocular do princípio da proporcionalidade lastreado tão somente na proibição da hipertrofia punitiva exige uma releitura à luz do garantismo integral, notadamente em seu novel viés positivo. Validamente, se, por um lado, o Estado deve

prever mecanismos de coibição dos seus próprios excessos no exercício do direito de punir, por outro, é credor de um dever prestacional de proteger suficientemente a sociedade com a tutela intransigente de seus mais importantes bens jurídicos.

Surge, então, o duplo viés do princípio da proporcionalidade, consonante com o garantismo penal integral e com o Estado Democrático de Direito, com o seu novo corolário: a vedação da proteção insuficiente, bem exposta por Streck (2005):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Longe de se tratar de discussão meramente teórica, a existência do princípio da vedação da proteção insuficiente vem, timidamente, sendo reconhecida na jurisprudência, a exemplo da transcrição parcial da ementa a seguir, de lavra do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*ubermassverbote*), como também

podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*untermasverbotte*). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. (BRASIL 2016).

É necessário, contudo, deixar claro que a aglutinação de um viés positivo ao garantismo penal não pretende, em hipótese nenhuma, relativizar ou suprimir os direitos fundamentais dos investigados e acusados em geral – o que jamais se toleraria em um sistema penal garantista –, mas, tão somente, consolidar um direito penal do equilíbrio, preocupado, na mesmíssima medida, tanto com os direitos individuais dos increpados, quanto os direitos fundamentais coletivos inerentes à sociedade, como o direito à segurança e os bens jurídicos de natureza difusa, igualmente protegidos pela norma penal.

Apenas a título de exemplo, convém rememorar a exegese do próprio Luigi Ferrajoli, quando questionado, em terras brasileiras, em uma palestra proferida no Ministério da Justiça, em Brasília, em 16 de outubro de 2013, sobre a compatibilização entre sua teoria do garantismo penal com a necessidade de punição dos agentes públicos pelos crimes praticados durante o regime militar, respondendo o professor italiano que óbices de natureza temporal, como a prescrição, não poderiam ser opostos diante da obrigação positiva do Estado de agir no sentido de punir eficazmente os autores destes delitos.

Não se trata, portanto, a teoria do garantismo penal, à toda evidência, de instrumento de impunidade dirigido ao afastamento, a qualquer custo, do direito de punir estatal.

Conclui-se, pois, que o garantismo penal integral, longe de visar à punição a qualquer custo, sustenta, ao revés, a necessidade de intransigente respeito às garantias individuais do acusado, sem descuidar dos demais direitos fundamentais de natureza coletiva, igualmente caros à ordem jurídico-constitucional pátria e dignos de semelhante proteção jurídica pelo sistema de justiça criminal, sendo um verdadeiro instrumento do

direito penal do equilíbrio, consonante com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O longo período autoritário vivenciado no século passado durante três décadas no Brasil, marcado por sucessivas supressões de direitos fundamentais de seus cidadãos, explica a justificável preocupação do poder constituinte originário em sobrelevar os direitos fundamentais na nova ordem jurídico-constitucional erigida pela Constituição da República de 1988, sedimentando uma importante doutrina de garantias individuais asseguradas pelo Estado aos seus cidadãos, notadamente no âmbito do direito penal e do processo penal.

O marco histórico fundamental da consolidação dessa doutrina de garantias se deu com a obra “Direito e Razão”, de Luigi Ferrajoli, que teve por propósito estabelecer as premissas basilares de proteção dos direitos fundamentais individuais (denominados de primeira dimensão), auferindo grande notoriedade em terras brasileiras, justamente pelo contexto histórico posterior ao período autocrático aqui vivenciado, estabelecendo a ideia de um garantismo penal negativo.

Todavia, avaliando com acuidade nossa ordem jurídico-constitucional, percebe-se a necessidade de salvaguarda não apenas dos direitos fundamentais individuais, que impõem ao Estado apenas obrigações negativas de abstenção na esfera de direitos de seus cidadãos, tratando-se de visão parcial, obnubilada e monocular da doutrina garantista, compatível apenas com a proteção de direitos de primeira dimensão reconhecidos pelo vetusto Estado Liberal de Direito.

É necessária, com efeito, uma compreensão integral e sistêmica dos comandos da Constituição da República, com a consequente e intransigente proteção dos direitos fundamentais de natureza individual, repudiando, com todas as forças, a hipertrofia punitiva, sem prejuízo da imprescindível tutela dos direitos fundamentais de natureza social e coletiva, abrangendo a necessidade de proteção suficiente, por parte do Estado, aos direitos de

segunda e de terceira dimensão de cidadãos, agregando à teoria garantista um viés positivo e consonante com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

A consolidação da teoria do garantismo penal integral, portanto, emerge como o grande e novo desafio do direito penal na contemporaneidade, na exata medida em que deve impedir a inadvertida hipertrofia do poder punitivo estatal em face dos investigados e acusados no âmbito criminal, assegurando, por conseguinte, a intransigente tutela de seus direitos de primeira dimensão, sem descuidar da indiscutível necessidade de suficiente proteção aos direitos fundamentais e bens jurídicos mais relevantes à sociedade, protegendo, igualmente, direitos de segunda e de terceira dimensão, consagrando, assim, a novel concepção de um verdadeiro direito penal do equilíbrio que assegura, na mesma medida, a proteção integral coletiva sociedade e individual de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. Coleção Sinopses para Concursos.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciências Criminais, v.1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.087 – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. *Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 24 agosto 2012*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29 dez. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 29 dez. 2016.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal integral? In: CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs). *Garantismo Penal Integral*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 59-93.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade de Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBBCRIM, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *In: Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, jun. 2005. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridical/article/view/2134>. Acesso em: 03/02/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In: Revista da Ajuris*, v. 35, n. 109, mar. 2008. p. 155. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>. Acesso em: 03/02/2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 171-202, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000769726>. Acesso em: 03/02/2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituiaolnliolusstreck.pdf>. Acesso em: 03/02/2021.

BIBLIOGRAFIA

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal da sociedade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

BONFIM, Edilson Mougenot. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 05 set. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.