

A PROPORCIONALIDADE PENAL

Rebecca Cerqueira Rocha¹

Resumo: A adoção do modelo axiológico da Constituição, próprio do paradigma neoconstitucionalista, representa uma via de união entre o discurso jurídico e a moral, de modo que sua interpretação não pode furtar-se de valorações éticas. Não basta traduzir o sentido comum das palavras empregadas na disposição, senão extrair desses comandos algum sentido moral da Constituição.

Dá a necessidade de se conceber o texto constitucional em bases principiológicas, ou seja, interpretá-lo à luz de alguns princípios superiores, enquanto *standards* normativos, valores morais positivados, os quais para serem compreendidos requerem considerações morais.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade ganha força, enquanto elemento formador do processo de substancialização e integração do sistema, na busca pela equação valorativa de normas e resoluções, sendo, portanto, um instrumento imprescindível ao uso da técnica de balanceamento, na medida em que representa a noção de justa medida, de equilíbrio, indissociavelmente ligada à idéia de justiça.

O Direito Penal, na condição de sistema infraconstitucional, não prescinde das diretrizes constitucionais, uma vez que é exigido do sistema repressivo a completa e absoluta observância às garantias e direitos fundamentais do indivíduo, numa marcante congruência entre os fins reais do estado e os fins a serem promovidos pelo direito penal.

É, portanto, a regra da proporcionalidade que irá estabelecer as balizas necessárias ao cumprimento da missão do direito penal, porquanto determinará quais os bens jurídicos merecedores de sua proteção, dentro dos limites fixados pela matriz constitucional.

Palavras-chave: Proporcionalidade; direito penal; supremacia constitucional; direitos fundamentais

Introdução; 1.A constitucionalização do direito penal; 2.Bem jurídico penal e Constituição; 2.1.Funções instrumentais e simbólicas do direito penal na pós-

¹ Advogada, mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia

modernidade; 3. Proporcionalidade e direito penal; 3.1. Necessidade e princípio da intervenção mínima; 3.2. Adequação e princípio da adequação social; 3.3. Proporcionalidade em sentido estrito e princípio da insignificância; 4. Da dupla face da proporcionalidade; 4.1. Da proibição de excesso; 4.2. Da proibição à proteção insuficiente; 5. Conclusão

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O sistema jurídico não é formado por normas jurídicas de um mesmo plano. Isto é, a ordem jurídica está organizada de maneira escalonada, ocupando as normas jurídicas patamares distintos. A constituição, por sua vez, representa o escalão de Direito positivo mais elevado². Nada mais é que a Lei Fundamental do Estado, a Lei Maior que ordena e disciplina os elementos inerentes à existência estatal. “Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”³.

O espaço privilegiado conferido às normas constitucionais lhes rende uma supremacia em face às demais normas do ordenamento jurídico⁴. A imperatividade da Constituição assume feição particular, sob o ponto de vista de exigir das demais normas conformidade quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), bem como quanto à matéria de que tratam (conformidade material)⁵.

Posicionada agora no centro do sistema jurídico, a Constituição desfruta não apenas da supremacia formal, mas, sobretudo, da supremacia de natureza material e axiológica, dada especialmente pela abertura do ordenamento e pela normatividade de seus princípios, circunstância que lhe conferiu uma força normativa sem precedente, protagonizando a paisagem jurídica do país e o discurso dos seus operadores⁶.

Nessa perspectiva, a nova ordem jurídica vai de encontro ao paradigma juspositivista clássico representado exclusivamente pelo respeito à mera estrutura da legalidade, ao puro aspecto formal, conferindo igual estima à validade substancial, relativa ao conteúdo e coerência das normas. A Constituição não desempenha mais o papel de mero

² (KELSEN, 2009, p.247)

³ (SILVA, 2005, p.38)

⁴ Saliente-se que a superioridade constitucional aplica-se àquelas Constituições de natureza rígida, tal qual a Carta Magna brasileira, a qual ordena sua devida subordinação às normas jurídicas infraconstitucionais.

⁵ (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.100)

⁶ (BARROSO, 2007, p.20)

fundamento à existência (vigência), mas também de validade da lei, quanto ao teor do produto legislativo⁷.

Por ostentar o binômio da superioridade e subordinação, a Constituição representa o fundamento de validade, em sua dupla faceta, de todas as demais fontes do sistema, as quais lhe devem necessariamente consonância formal e material, sob pena de se formar uma ordem normativa desordenada, incompatível e incoerente.

Sob esse ângulo, é forçoso afirmar que a Carta Constitucional não representa tão somente um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia, senão também como uma maneira de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. É o que se chama, por parte da doutrina, de filtragem constitucional, mediante a qual toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida pela lente da Constituição, a fim de que os valores nela consagrados sejam plenamente realizados⁸.

Ao considerar a Constituição como expressão dos princípios fundamentais que inspiram todo o ordenamento jurídico, está querendo-se referir que na base de todo o texto constitucional se encontra latente uma concepção de Direito que informa todas as normas que compõem o sistema jurídico, sem que se possa negar sua relação direta com as esferas infraconstitucionais⁹.

Dito com outras palavras, o fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional não consiste apenas na mera inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucionalista. Pode-se dizer, então, que toda interpretação jurídica, em verdade, é também uma interpretação constitucional, pois qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição¹⁰.

O Direito Penal, por seu turno, não excetua o princípio da constitucionalidade. Além da exigência formal, a posição hierarquicamente superior da Constituição impõe ao Direito Penal a observância funcional e axiológica, na medida em que suas disposições somente

⁷ (FELDENS, 2005, p.34)

⁸ (BARROSO, 2007, p.20)

⁹ (CORREA, 1999, p.31)

¹⁰ (BARROSO, 2007, p.20-1)

guardarão validade quando se prestarem à realidade dos fins constitucionais e prestigiarem os valores mais caros, dado certo contexto histórico cultural¹¹.

“Nesse sentido, é premente a compreensão de que não é possível construir-se um Direito Penal legítimo, de bases democráticas, sem recorrência e vinculação ao texto constitucional, em toda a sua essência, seu sentir, seu espírito, em respeito aos seus comandos, vinculantes, sem dúvida e merecedores de absoluto respeito.”¹²

Nesta ordem de idéias, o sistema penal, como qualquer outro micro-sistema infraconstitucional, deriva da Constituição. Esta, por sua vez, irradia seus efeitos na construção normativa-axiológica das normas penais, sob uma perspectiva garantista, através da qual os valores constitucionais deverão ser inteiramente observados, a fim de, não apenas, limitar a atuação repressiva do Direito Penal, mas, sobretudo, torná-lo um instrumento de proteção legítimo às garantias individuais do cidadão.

Mister salientar que as disposições penais não esgotam sua função no que determina seu próprio conteúdo. Mais que isso, a norma penal serve à Constituição, a cumprir sua função constitucional, de maneira que sua validade estará condicionada à observância da Lei Maior, exercendo funcionalmente os mandamentos, princípios e normas constitucionais¹³.

A zona de intersecção entre o Direito Penal e a Constituição é inevitável. Justamente porque, de um lado surge o direito de punir estatal e de outro lado encontra-se a liberdade individual do homem. Diante deste conflito, busca-se um equilíbrio na atuação estatal, devendo estar moderada nos princípios e garantias constitucionais.

Ainda que historicamente anterior, o direito penal não pode furtar-se à convocação dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias do cidadão, tendo em vista o caráter de superioridade e anterioridade normativa do direito constitucional, em razão de que neste espaço normativo se determina a possibilidade de aplicação de medidas de privação da liberdade das pessoas¹⁴.

Inconcebível é a compreensão do Direito Penal como sistema jurídico autônomo e autosuficiente, uma vez que seu fundamento se encontra nas normas constitucionais.

¹¹ (QUEIROZ, 2005, p.23)

¹² (COELHO, 2009, p.68)

¹³ (QUEIROZ, 1998, p.24)

¹⁴ (ANDRADE, 2012, p.35)

Existe, portanto, uma relação de simbiose entre o Direito Penal e a Constituição, na qual restarão definidos os limites da intervenção penal, bem como as bases legitimadoras de sua operacionalização. Surge, enfim, a noção de Constituição Penal, enquanto “conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição [...]”¹⁵.

Sem prejuízo de outros papéis que a Constituição assume perante o Direito Penal¹⁶, cumpre, aqui, avivar sua função de limite material deste subsistema, de sorte que estabelece barreiras ao processo criminalizador, por meio de princípios constitucionais balizadores, tal qual a proporcionalidade e seus desdobramentos, objetivando o banimento de intervenções indevidas, desnecessárias e desproporcionais.

Ainda nessa trilha, Jakobs arrisca a sustentar a idéia de que o Direito Penal sequer possui um conteúdo genuíno, mas decorre exclusivamente de outras regulações, pertencentes às realidades da vida social assim como às normas, especialmente as cunho jurídico-constitucionais¹⁷.

Em sendo assim, não se pode pensar num Direito Penal alheio ao espírito, aos objetivos e fundamentos da Constituição e do Estado Democrático de Direito por ela constituído. Os reclamos constitucionais dependem diretamente para sua realização da legislação ordinária, a qual necessita, a todo tempo, revitalizar-se em seus dogmas, num contínuo processo de mudança, distante do enclausuramento reducionista dogmático¹⁸.

De mais a mais, a Constituição é marcada pelo seu aspecto fático, isto é, encontra-se condicionada pela realidade histórica, vinculada a realidade concreta do seu tempo¹⁹. Admitir, por conseguinte, um sistema jurídico penal, enquanto produto dos anseios constitucionais, como um mero conjunto de regras postas e acabadas é dar continuidade a uma dogmática fechada, incompatível com os objetivos e valores da Constituição, os quais exigem a presença efetiva de normas de ação, capazes de promover a transformação social e a justiça²⁰.

¹⁵ (FELDENS, 2005, p.23)

¹⁶ “[...] poderemos assentar que a Constituição e o Direito Penal compartilham, entre si, uma relação axiológico-normativa por meio da qual a Constituição funciona como: (a) *limite material* do Direito Penal (erigindo barreiras ao processo criminalizador); (b) *fonte valorativa* do Direito Penal (funcionando como paradigma na escolha de bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal), e (c) *fundamento normativo* do Direito Penal (apontando zonas de obrigatória intervenção do legislador penal)”. (FELDENS, 2008, p.34)

¹⁷ (JAKOBS, 1997, p.44)

¹⁸ (CARVALHO, 1992, p.28-9)

¹⁹ (HESSE, 1991, p. 24)

²⁰ (CARVALHO, 1992, p.29)

Respeitados os limites impostos pelas normas constitucionais, o Direito Penal pode sim tornar-se um instrumento hábil ao desenvolvimento de uma maior justiça social, desde que seja encarado sob um viés concreto, realista e não meramente formal, no qual restará coadunado com a hierarquia de valores constitucionais do instituído Estado Democrático de Direito.

O entrelaçamento do Direito Penal com as diretrizes constitucionais exige do sistema repressivo o respeito às garantias e aos direitos fundamentais do indivíduo, numa marcante congruência entre os fins reais do estado e os fins a serem promovidos pelo direito penal²¹ observando, para tanto, seu papel no controle social, traduzido na garantia aos cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura, desde que não haja alternativa político-social que afete em menor medida a sua liberdade²².

Ao legislador criminal, portanto, não é dada absoluta liberdade para definir os tipos legais de crime, senão deve respeitar os valores constitucionais e, especificamente, as regras e os princípios constitucionais que regem a restrição dos direitos, liberdades e garantias, precisamente porque tal definição justifica a privação de liberdade individual²³.

Nessa linha de intelecção, caberá ao direito penal regular tão somente aquelas condutas que afetem direta e substancialmente aqueles bens fundamentais ao pleno desenvolvimento das garantias e direitos humanos, bem como à paz social. Em outro dizer, o Direito Penal tem como função a tutela de bens jurídicos essenciais.

Sob o manto da prevalência doutrinária pode-se afirmar que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos²⁴, dentro dos limites fixados pela matriz constitucional. Isto porque, a relação entre o subsistema penal e a Constituição é de natureza visceral, de modo que não se pode conceber o bem jurídico objeto de tutela penal desprovido da sua raiz material, qual seja sua concepção constitucional²⁵.

Malgrado seja absolutamente majoritária a posição da doutrina acerca da função precípua do direito penal dirigida à proteção de bens jurídicos fundamentais, não se pode dizer o mesmo naquilo que se refere à delimitação do conceito e características do

²¹ (BATISTA, 2007, p.22-3),

²² (ROXIN, 2006, p.16-7)

²³ (ANDRADE, 2012, p.35)

²⁴ Nesse sentido, Fragoso, Figueiredo Dias, Damásio, Mirabete, Prado etc.

²⁵ (PRADO, 2002, p.38)

objeto da resposta sancionatória, pois não se mostram uníssonos, ante a diversidade de ensinamentos sobre o assunto.

O estudo do bem jurídico-penal não deve estar pautado sob o prisma de um único critério, aquele puramente formal ou normativo, mas exigirá a avaliação de todos os aspectos que envolvem o tema, como os de cunho social, político e cultural, sob pena de ser extraída uma concepção insuficiente e cientificamente inadequada sobre o instituto ora em tela.

2. BEM JURÍDICO PENAL E CONSTITUIÇÃO

No que toca à evolução do instituto do bem jurídico-penal, cumpre, neste momento, dar ênfase aos seus contornos atuais desenhados pela teoria constitucional, a qual condicionou aquele à qualidade de substrato material do delito tão somente se estiver ancorado nos valores constitucionais mais fundamentais²⁶.

É de notório saber o caráter irradiante que contamina a norma constitucional, enquanto fonte inspiradora de todo o sistema jurídico. Nesse espeque, seu conteúdo não pode ser ignorado pelas demais normas infraconstitucionais, como as de natureza penal, de modo a outorgar-lhe legitimidade na limitação à esfera de liberdade do cidadão.

Conforme adiantado em capítulo anterior, o Direito Penal guarda necessária vinculação ao catálogo constitucional, na medida em que representa um subsistema, parte integrante de um todo albergado pelos ditames da Lei Maior, sem que dela possa desvincilhar-se.

Não é diferente, por sua vez, o que ocorre com a materialização do bem jurídico-penal. Aliando-se a noção de bem jurídico externada por Régis Prado²⁷, enquanto “realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”, a escolha do bem jurídico a ser penalmente tutelado não pode prescindir da orientação dos valores constitucionais, a fim de cimentar seu suporte material no quadro axiológico constitucional, sob pena de tornar a construção legislativa ilegítima²⁸.

²⁶ (COELHO, 2003, p.95)

²⁷ (PRADO, 2009, p.73-4)

²⁸ (COELHO, 2003, p.96)

É sustentado, então, o ofício da Constituição como fonte valorativa do Direito Penal, porquanto posiciona-se como parâmetro à atividade legislativa²⁹. O que propõe a teoria constitucional é exatamente um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais. Isto é, o Direito Penal deverá recorrer ao bojo constitucional para que sejam encontrados os bens que lhe cabe proteger com suas intervenções³⁰.

Toda esta reverência ao texto constitucional se explica em razão da necessidade que se impõe à relativização de direitos fundamentais do indivíduo, como a liberdade, em prol da tutela de outro valor igualmente fundamental, de natureza constitucional³¹.

Não será toda e qualquer conduta que recairá sobre a ingerência penal. A intervenção criminalizadora do Estado somente se legitimará quando considerados os bens jurídicos fundamentais, detentores de conformação constitucional, capazes de relativizar os princípios vetores da liberdade e da dignidade da pessoa humana, ante sua forte representatividade³².

Ao bem jurídico, protegido pela norma penal, recairá um processo de avaliação perante o amplo leque de valores preconizados pela Carta Magna, mediante o qual irão ser aferidos aqueles de relevância maior, sem deixar que o Direito Penal dela se divorcie³³. Não se quer dizer com isso, entretanto, que a carta constitucional deva fornecer exaustivamente aqueles valores fundamentais a serem tutelados pelo direito penal. Apenas de forma indicativa, sob uma ordem axiológica, determinará a eleição dos valores constitucionais merecedores de proteção penal, erigindo-os à condição de bem jurídico-penal³⁴.

Em face da ausência ordenada, definida e esgotante do rol de bens jurídicos previsto pela Constituição, ao legislador penal recairá a tarefa de seleção, dentre os bens constitucionais, daqueles que deve proteger com suas sanções, utilizando, para tanto, critérios balizados no princípio constitucional da *ultima ratio*³⁵.

À evidência, a abertura axiológica e pluralista ofertada pela Constituição permite ao legislador, em primeiro plano, e ao intérprete, logo em seguida, de uma forma mais ou

²⁹ (FELDENS, 2008, p.40).

³⁰ (LUISI, 2003, p.172)

³¹ (GOMES, 2002, p.88)

³² (COELHO, 2003, p.105)

³³ (CARVALHO, 1992, p.34)

³⁴ (COELHO, 2003, p.106)

³⁵ (LUISI, 2003, p.175)

menos remota, conectar o bem jurídico penalmente protegido a algum valor constitucional, numa busca indisponível pela referência constitucional³⁶.

Sem muito esforço, resta inequívoco que a idoneidade do bem jurídico repousa no seu valor social. Sua dimensão sociocultural orienta todo o processo de criminalização/descriminalização, subordinando-se às regras axiológicas de indicação constitucional, inerentes ao mundo concreto. A criação dos tipos penais não pode se proceder apartada da experiência social da sua época³⁷.

A marcha pela identificação do bem jurídico não deve ficar estranha ao espírito da Constituição, senão encontrar nesta última a gênese e função social do primeiro. Valendo-se do ensinamento de Konrad Hesse³⁸ a Constituição está necessariamente vinculada a uma situação histórica concreta, afinada aos interesses da estrutura social, o que resulta numa fatal exigência ao bem jurídico em refletir a relação social fática³⁹.

É, pois, a realidade social a responsável pela emergência dos valores, presentes na comunidade, em determinada época, os quais constituirão fundamento à sua elevação à categoria de bem jurídico, pelo legislador, estando este limitado a proclamá-los e dar-lhes especial tratamento jurídico. A par desta circunstância, o conceito material de bem jurídico ganha um caráter relativo e valorado, já que goza de validade dentro de um específico sistema social, em determinado momento histórico-cultural⁴⁰.

Na elaboração do tipo penal a estima social garante importância irrenunciável, uma vez que o bem jurídico espelha o ponto de concentração de valores, dignos da proteção penal. Com isso, ao descrever uma lesão ao bem jurídico, a previsão legal deve estar sempre envolta pela materialização de um valor socialmente relevante, situando aquele na condição de elo entre as instituições penais do Estado e o ordenamento social no qual está inserido⁴¹.

Sendo instituída à Constituição uma função compromissória e dirigente, não há que se conceber um processo de eleição de bens jurídicos penalmente tuteláveis em um âmbito

³⁶ (FELDENS, 2005, p.53)

³⁷ (PRADO, 2009, p.85)

³⁸ (HESSE, 1991, p.16),

³⁹ (CARVALHO, 1992, p.37)

⁴⁰ (PRADO, 2009, p.83-8).

⁴¹ (CANTON FILHO, 2012, p.13)

puramente individualista, distante dos preceitos e princípios formadores do Estado Democrático de Direito, senão deitado nas diretrizes valorativas constitucionais⁴².

Por conta disso, é instituído ao legislador o dever de reconhecimento social dos bens, a serem juridicamente protegidos, anterior à recepção normativa. Num primeiro momento, extrairá da consciência social, conforme seus costumes e realidade, os bens e valores mais relevantes para, em seguida, absorvê-los e protegê-los, através de sua positivação, sem que haja qualquer ato de criação desses interesses⁴³.

Em termos mais claros, a alegada refração à possibilidade de criação de bens jurídicos não inspira uma relação de coincidência entre bens jurídicos penais e constitucionais, senão de coerência, posto que a norma constitucional ofereça parâmetros indispensáveis à delimitação do conceito de bem jurídico, obrigando o legislador a observá-los⁴⁴.

O cerne constitucional traz um caráter limitador das leis penais, por conta da regulação dos direitos e liberdades fundamentais, oportunidade que devem ser contemplados os princípios informadores do direito repressivo, de modo a não se proceder a uma atuação legislativa fora dos limites permitidos pela Constituição⁴⁵.

Intrínseca à tipificação penal de uma conduta está a rigor da medida, a qual implica inevitavelmente em uma vulneração de algum direito fundamental do indivíduo. Isto porque, o foco do Direito Penal deve estar voltado ao combate de crimes que impedem a concretização dos direitos e garantias fundamentais, resguardando, para tanto, os bens jurídicos apontados pela Constituição, tendo em contrapartida a necessidade de serem relativizados outros direitos fundamentais, conforme as diretivas constitucionais⁴⁶.

Pensar em bens jurídicos é pensar em direitos fundamentais. É justamente no conteúdo dos direitos fundamentais que se assentam as fronteiras materiais impostas ao legislador, de modo que a lei penal deverá observá-las atentamente, a fim de não adentrar no terreno da inconstitucionalidade.

Mas, o que são os direitos fundamentais? Em que pese a ampla gama conceitual traçada pelos doutrinadores, a este trabalho importa observar a concepção dos direitos fundamentais, enquanto “posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto

⁴² (STRECK, 2009, p.41)

⁴³ (FELDENS, 2005, p.50)

⁴⁴ (FELDENS, 2007, p.847)

⁴⁵ (CARVALHO, 1992, p.37-8)

⁴⁶ (STRECK, 2009, p.46)

de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”⁴⁷.

Nessa esteira, a constitucionalização dos direitos fundamentais volta-se à proteção dos interesses mais fundamentais da pessoa humana, de modo que tais direitos operam como verdadeiros limites e vínculos à produção normativa, porquanto a validade das leis infraconstitucionais não é confiada unicamente ao respeito das formas, mas, também, ao aspecto substancial, retratado na compatibilidade dos seus significados com aqueles expressos pela constituição⁴⁸.

Sem a limitação material representada pela observância dos direitos fundamentais, a escolha dos bens jurídicos penais carecerá de validade, ante a falta de abrigo constitucional. A lei penal deve figurar como medida adotada pelo Estado à tutela dos direitos fundamentais, sendo estes materializados pelos bens jurídicos⁴⁹.

Há que se dizer, ainda, que a idéia de deferência aos direitos fundamentais não mais pode ser encarada apenas sob o prisma negativo, próprio de um modelo liberal individualista. Sendo este Estado de Direito de natureza democrática, sua atuação omissiva não se revela mais suficiente e coerente com suas diretrizes, senão deve proporcionar o pleno exercício, satisfação e efetividade aos direitos fundamentais, através de uma conduta prestativa.

A seleção dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, destarte, deve se prestar a não apenas preservar direitos e garantias fundamentais do indivíduo frente a um Estado “mau”, característico de um modelo liberal, mas torná-lo um Estado “amigo”, comprometido com a promoção dos interesses essenciais ao pleno desenvolvimento do ser humano, nos moldes da sua feição democrática.

Se antes o Estado era visto como o principal agressor dos direitos fundamentais, chamado apenas à sua tutela sob uma perspectiva negativa, abstendo-se de qualquer ato interventivo, agora seu dever de proteção situa-se sob uma perspectiva positiva, valendo-se, não raro, da intervenção penal para a maximização do exercício de tais direitos⁵⁰.

⁴⁷ (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.522)

⁴⁸ (FERRAJOLI, 2011, p.109)

⁴⁹ (STRECK, 2009, p.59)

⁵⁰ (FELDENS, 2008, p.58-60)

Floresce, aqui, o encargo recaído à Constituição como fundamento normativo do Direito Penal. Não basta apenas que o texto constitucional atue como limite material ou fonte valorativa, mas, em determinadas situações, a intervenção penal é regulada diretamente pela Constituição, mediante a qual impõe ao legislador ordinário uma zona obrigatória de ingerência penal⁵¹.

Ao contrário do que possam parecer, as indicações criminalizadoras feitas pelo constituinte não visam o engessamento da atividade legislativa infraconstitucional, mas demonstrar a relevância dada ao bem que se pretende tutelar, sem que retire completamente do legislador sua liberdade seletiva quanto à necessidade de criminalização, definição de condutas puníveis e as correspondentes sanções penais, sempre em conformidade com a ordem de valores constitucionais⁵².

Impossibilitada de regular com a especificidade que a matéria penal exige, a Constituição apenas cristaliza o desejo de ver tutelados determinados bens jurídicos, considerados merecedores de incorporação constitucional, ante seu aspecto fundamental ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

Perceba que o mandado constitucional de criminalização não traz em seu bojo a definição exata da conduta incriminada, menos ainda são fixadas as sanções correspondentes, mas tão-somente indica a conduta por incriminar. Embora imposta uma obrigação de caráter positivo ao legislador, em que se pugna pela edificação da norma incriminadora, tal circunstância não lhe retira inteiramente seu terreno de liberdade, onde poderá transitar entre a função delimitadora e fundante do Direito Penal⁵³.

A atividade legiferante ordinária persiste sendo irrenunciável, muito embora se note uma margem de limitação conferida à liberdade de configuração do legislador, em razão dos mandados constitucionais de penalização. Estes têm o poder de exigir simplesmente a atuação do legislador, sem que possam estabelecer punições com base exclusiva no texto constitucional⁵⁴.

Pensar de forma inversa seria admitir a taxatividade dos deveres de proteção jurídico-penal, atrelando a intervenção penal apenas aos mandados explícitos de penalização,

⁵¹ O autor traz à baila alguns exemplos capazes de demonstrar que a intervenção penal está constitucionalmente exigida à tutela dos direitos e liberdade fundamentais, como o art. 5º, inc. XLII; art. 5º, inc. XLIII; art. 5º, inc. LIV; art.7º, inc.X; art. 225, §3º; art. 227, §4º. (FELDENS, 2008, p.42 ss)

⁵² (PRADO, 2009, p.87)

⁵³ (FELDENS, 2005, p.75)

⁵⁴ (FELDENS, 2005, p.77)

situando a Constituição unicamente como ponto de partida e não de chegada. Por isso, não há como negar a existência de mandados implícitos de tutela penal, os quais decorrem da interpretação e compreensão do aplicador do direito, ainda que sua atuação se encontre limitada ao referencial constitucional.

Os mandados de criminalização não podem ser vistos como parte integrante de um rol exaustivo e restritivo, senão como frutos colhidos de uma análise sistemático-axiológica da Constituição, tendo como base as próprias funções do Estado Democrático de Direito e os direitos por ele garantidos.

Enfim, a diferente classificação quanto a natureza dos mandados constitucionais, se explícitos ou implícitos, pouco agregariam ao estudo, neste momento, tendo em vista que os efeitos deles decorrentes são idênticos, havendo que se ressaltar, apenas, a imprescindibilidade, ainda que limitada, da atuação legislativa, ante a proteção penal de bens jurídicos.

Por fim, calha alertar que ante a vulnerabilidade da consciência social à influência de novos rumos, novas necessidades e novos valores, a concepção de bem jurídico não pode permanecer sob um embrulho hermético, definitivo e imutável. A natureza fluida e dinâmica que marcam os dias atuais clamam por uma constante reformulação do Direito Penal para que este não perca eficácia nos seus objetivos ligados a regulação social⁵⁵.

2.1. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal na pós-modernidade

Ao bem jurídico fora atribuída, como já assinalado, a função estruturante no âmbito do Direito Penal, porquanto lhe confere um conteúdo fundamental que o orienta, limita e legitima, sendo o norte de seu *telos* punitivo⁵⁶.

Exatamente por conta desta posição de primazia dentro do Direito Penal, a proteção do bem jurídico tem sido utilizada indiscriminadamente como argumento legitimador da expansão do punitivismo, tornando seu discurso um verdadeiro instrumento de manipulação a uma intervenção penal irracional, destituída de fundamentação constitucional e em descompasso com a realidade⁵⁷.

A pretexto de uma falsa proteção aos bens jurídicos fundamentais é robustecida a tendência dominante da legislação penal moderna, marcada basicamente pela inserção

⁵⁵ (CANTON FILHO, 2012, p.8-11)

⁵⁶ (CANTON FILHO, p.03)

⁵⁷ (ARAÚJO, 2011, p.164)

de novos tipos penais, agravamento dos já existentes, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, numa clara expansão do Direito Penal⁵⁸.

O surgimento de novas necessidades à tutela penal não pode ser compreendido apartado da realidade atual em que está inserida a sociedade. Entender as bases que se finca determinado modelo social parece ser o caminho mais adequado à solução dos problemas dela emergentes, especialmente no que toca às expectativas depositadas no papel exercido pelo Direito Penal, quando se demanda, cada vez mais, o aparato estatal à proteção dos bens jurídicos mais fundamentais do indivíduo.

Independentemente da denominação que se dê à conjuntura social atual, seja ela “sociedade de risco”⁵⁹, “modernidade líquida”⁶⁰ ou “sociedade da insegurança”⁶¹, certo é que os tempos atuais sofrem substanciais mudanças, sobretudo, no que tange à dinâmica das relações humanas e o funcionamento da sociedade perante o Estado, resultando no aparecimento de novos paradigmas.

Marco central de toda essa transformação, a globalização entra em cena como o principal fator desencadeador de toda a insegurança que ronda a sociedade moderna, marcada, sobretudo, pela imprevisibilidade e aparição de novos riscos⁶². Se a idéia vendida à sociedade acerca do processo de globalização era de libertação, quebra de fronteiras e autodeterminação, os efeitos desta promessa, aparentemente sedutora, na prática, materializaram-se às avessas. A “abertura” material e intelectual favorecida, em tese, à sociedade, em verdade, tornou-lhe refém de uma globalização seletiva,

⁵⁸ (SILVA SANCHEZ, 2002, p.21)

⁵⁹ A concepção de “sociedade de riscos” elaborada por Ulrich Beck (1998, p.19 e 25) está estreitamente ligada à modernização advinda da sociedade industrial, facilmente identificada pelos problemas e conflitos decorrentes da produção técnico-científica. O impulso na geração de riquezas, o crescimento econômico e o fortalecimento do modelo capitalista formam um conjunto de fatores responsáveis à nova formação social, que se vê constantemente sob a ameaça de novos riscos, debilidades e incertezas.

⁶⁰ A idéia de liquidez cunhada por Zygmunt Bauman (2007, p.9) sobrevém da facilidade atual em organizações sociais serem dissolvidas e decompostas, justamente em razão dos laços interpessoais e valores se tornarem cada vez mais frágeis, temporários e aleatórios. A sociedade moderna promove a divisão em detrimento da unidade, incentiva a competição ao rebaixar a colaboração e estimula orientações laterais às verticais.

⁶¹ Sob o ponto de vista de Silva Sanchez, as características que revestem a sociedade pós-industrial vão além dos riscos apontados inicialmente por Beck. Classificada como “sociedade da insegurança”, tanto pelo prisma objetivo quanto subjetivo, seu sinal mais forte gira em torno da incerteza na vida social, na qual radica não apenas na criação dos riscos, mas na sua distribuição. (SILVA SANCHEZ, 2002, p.30-3)

⁶² Acerca da globalização, Gracia Martin (2005, p.66-7) analisa o fenômeno como fomentador do incremento e fluidez das atividades e transações econômicas internacionais, que, via de regra, escapa ao controle político e jurídico. A partir daí, são criadas condições específicas à prática da uma nova delinquência associada à globalização, a exemplo das novas fraudes.

fomentadora dos sentimentos de ansiedade, impotência e vulnerabilidade⁶³. Daí, deflui o medo.

De fato, as incertezas geradas pelo mundo globalizado fazem do mundo moderno um verdadeiro palco na luta contra o medo, sentimento, hoje, indissociável do ser humano. Se antes, o avanço tecnológico estava destinado à segurança e desenvolvimento da humanidade, hoje, passa a ser utilizado no incremento de formas delitivas, expondo os indivíduos à denominada “síndrome do Titanic”⁶⁴. O ambiente movido pelo sentimento de medo não interfere unicamente nas relações interpessoais, conforme demonstrado em linhas anteriores, mas cria novas situações ao Direito, ganhando destaque aqui, o subsistema de natureza penal, o qual ganha nova feição ante as transformações sociais.

Até então, o direito penal clássico preocupava-se essencialmente à proteção de bens jurídicos individuais, fundamentais ao desenvolvimento do sujeito, promovendo sua intervenção quando verificada a lesão a tais direitos, sob o amparo de princípios vetores, como a proporcionalidade, ofensividade e intervenção mínima.

Esse modelo tradicional, no entanto, não se mostra suficiente dentro do contexto moderno. O progresso tecnológico aplicado a nova criminalidade gera novas demandas e produz resultados capazes de ultrapassar fronteiras, atingir número indeterminado de vítimas e perpetuar os riscos, em face da alta complexidade que envolve as novas formas delitivas.

Por trás do mero aparecimento de tipos penais inéditos existe uma seqüência de elementos justificadores ao surgimento de novos bens jurídicos. O primeiro deles diz respeito à conformação de novas realidades que antes não existiam. Em seguida, faz-se alusão à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, mas que começam a manifestar-se como bens escassos, sendo-lhes atribuído valor que antes não lhes correspondiam, a exemplo do meio ambiente. Por último, vale pontuar o incremento essencial de valor que esses novos interesses passam a experimentar, como consequência de evolução social e cultural⁶⁵.

⁶³ (BAUMAN, 2007, p.13)

⁶⁴ Denominada pelo sociólogo Zygmunt Bauman (2008, p.27-8), a “síndrome do Titanic” retrata a inquietude do indivíduo decorrente da sua condição de impotência frente aos riscos e catástrofes do mundo moderno. A idéia de que podem surgir a qualquer momento e atingir qualquer sujeito, aleatória e inexplicavelmente, torna a sociedade despreparada e indefesa, incapaz de reagir às surpresas e incertezas que a vida reserva.

⁶⁵ (SILVA SANCHEZ, 2002, p.27)

Em face deste cenário, o novo Direito Penal se apresenta como um instrumento qualificado à contenção, prevenção e gestão desses novos riscos oriundos das atividades geradoras de perigo⁶⁶. Atento às variações sociais, o Direito Penal irá ocupar-se com a tutela de bens jurídicos fundamentais não apenas ao desenlace do cidadão, mas àqueles de caráter relevante ao crescimento da humanidade, quais sejam os de feição supra-individual.

Paralelo à mudança de titularidade do bem jurídico, em que prevalece a de cunho difuso, o conteúdo material do delito se altera, dando lugar aos crimes de perigo, o qual basta a exposição do bem jurídico a perigo para que se configure completamente, sem que seja exigida a sua efetiva lesão, conforme se vê nos crimes de dano, modelos dominantes no direito penal clássico.

Com a inserção de tipos penais destinados à tutela de bens jurídicos supra-individuais, vê-se uma evidente flexibilização do princípio penal da ofensividade, tendo em vista a antecipação da tutela penal, a fim de que o Direito Penal atue de forma imperativa no controle dos riscos, antes mesmo que haja qualquer produção de dano⁶⁷.

A transição do modelo de “delito de lesão de bens individuais” ao modelo de “delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais”, em face de contextos cada vez mais genéricos, conduz o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de cunho estrutural, global ou sistêmico, numa clara atividade de gestão punitiva dos riscos gerais, que o torna “administrativizado”⁶⁸.

Melhor dizendo, transfere-se à ingerência penal aqueles fatos que deveriam ser monopólio do Direito administrativo sancionador, em virtude da ausência de elementos de lesividade e periculosidade geral, quando praticados isoladamente⁶⁹. Nessa perspectiva, ao Direito Penal moderno cabe não somente regular comportamentos

⁶⁶ (GRACIA MARTIN, 2005, p.48)

⁶⁷ (MACHADO, 2009, p.50)

⁶⁸ (SILVA SANCHEZ, 2002, p.114)

⁶⁹ Em vista de uma “administrativização” do direito penal, o Estado lança mão de um intervencionismo repressivo excessivo e desproporcional, porquanto para atingir os fins colimados, formas diversas ao direito repressor poderiam ter sido empregadas, a exemplo do direito administrativo. Se o instrumento penal tem o poder de atacar drasticamente as liberdades individuais, seu emprego deve estar pautado na subsidiariedade, já que sua existência se dá em um Estado democrático e social de direito, calcado em princípios informadores fundamentais. (FARIA, 2010, p.304-5)

lesivos aos bens jurídicos, mas especialmente comportamentos de perigo à ordenação de setores da atividade⁷⁰.

Traço marcante do novo sistema punitivo, o adiantamento da intervenção penal ao estágio prévio à lesão do bem jurídico reflete uma cultura preventiva, própria da sociedade de risco, que pugna pela revitalização da idéia do Direito Penal como força conformadora de costumes, como mecanismo de orientação social de comportamentos, levando, com isso, o despreço pelas formalidades e garantias penais liberais, consideradas, na realidade moderna, como verdadeiros obstáculos à eficiência do sistema punitivo diante da profunda insegurança⁷¹.

Na crescente onda do medo, a segurança se converte numa verdadeira pretensão social à qual se exige do Estado, especialmente do Direito Penal, uma resposta⁷². Elege-se, então, este subsistema jurídico como a ferramenta adequada ao atendimento dos clamores midiáticos, provocados pela “midiatização do medo”. Em razão do incremento do rigor dispensado à edição de novas leis, o âmbito da interferência penal alarga-se na vida social, na tentativa de tranquilizar a alarmada população, proporcionando-lhe maior “segurança”⁷³.

Pressionado pela opinião pública, o Estado converte o rigor excessivo da legislação penal como solução imediata à contenção de todo o caos social. Isto é, ao legislador infraconstitucional recai o dever de praticar reformas penais, a fim de tornar o sistema repressivo mais enérgico, drástico e implacável a expansão da criminalidade, conferindo nítido cunho simbólico aos dispositivos legais, numa tentativa de manipular a percepção dos indivíduos acerca da realidade, passando-lhes uma falsa idéia de segurança.

Como não poderia deixar de ser, a instituição de um Direito Penal simbólico tem como pano de fundo razões tipicamente políticas. Logicamente, os poderes públicos se valem dos efeitos midiáticos acerca da delinqüência para produzirem discursos essencialmente populistas, destinados à oportuna adesão ao programa de forte repressão, com o fito de aproximar e conquistar maior número de eleitores⁷⁴.

⁷⁰ (GRACIA MARTIN, 2005, p.100-1)

⁷¹ (WERMUTH, 2011, p.34-5)

⁷² (SILVA SANCHEZ, 2002, p.40)

⁷³ (WERMUTH, 2011, p.52)

⁷⁴ Melhor dizendo, aquele representante que adota medidas penais mais incisivas, sob o pretexto da busca pela segurança social, fatalmente cairá nas graças da sua comunidade, rendendo-lhe preciosos votos. No entanto, a máscara da almejada segurança oculta o desprezo político pelas providências de viés estrutural aos problemas sociais, por estas se mostrarem mais custosas e de reflexo mediato.

No afã de dar respostas rápidas e eficientes aos anseios sociais, o Direito Penal assume cada vez mais o caráter simbólico⁷⁵, traduzido no seu atual papel de *prima ratio*, indo de encontro à sua própria natureza, na medida em que deve atuar de forma instrumental, quando não haja mais qualquer alternativa à solução das demandas sociais⁷⁶.

O que interessa, de fato, é o efeito político gerado por um direito penal simbólico. Pouco importa se o sistema punitivo exerce sua função dentro dos limites democráticos, pois o escopo primordial é amenizar a indignação popular ante a criminalidade, por meio de ações expressivas, de uma legislação penal conveniente àquele momento experimentado, capaz de assegurar resultados político-eleitorais imediatos.

Instala-se, portanto, uma cultura penal efficientista, na qual se busca a imediata produção de resultados, ainda que, para isso, se pague um preço muito alto pelos direitos e garantias individuais. O que vale é o fomento da falsa idéia de tranqüilidade e segurança aos cidadãos, por intermédio de símbolos jurídicos manipuladores, de cunho meramente ilustrativo.

O que a sociedade espera do Direito Penal moderno não é primordialmente o cumprimento da sua função instrumental de proteção aos bens jurídicos, mas que a atividade legislativa penal seja praticada com fins de produzir efeitos meramente simbólicos, aptos a transmitir aos indivíduos certas mensagens ou conteúdos valorativos, de forte influência mental, porém carecedores de fundamentos materiais justificadores de sua adoção⁷⁷.

Nesse mesmo trilho, Gracia Martin⁷⁸ adverte que o Direito penal moderno não apenas deixa de cumprir sua função instrumental de tutela aos bens jurídicos, mas sequer cumpre as funções que motivam a sua expansão, como proporcionar efetivamente à sociedade maior segurança e atendimento aos novos interesses, senão reduz sua missão ao mero simbolismo.

Atraído pelas alocações confortantes dos candidatos, as quais primam pela reação instantânea da ingerência estatal frente ao “avanço da criminalidade”, o público, na maior parte das vezes, não percebe que abraçar a falsa promessa de uma sociedade mais segura e tranqüila, acaba por legitimar o estabelecimento de um sistema punitivo distorcido, autoritário e alheio aos valores democráticos deste Estado de Direito. (ZAFFARONI, 2007, p.78)

⁷⁵ (WERMUTH, 2011, p.58)

⁷⁶ A promoção da tutela penal de um bem jurídico somente deverá ser procedida quando verificada a falha de outros mecanismos de controle social, de modo a atuar na condição de *ultima ratio* da política social, fazendo prevalecer o caráter subsidiário que reveste o direito penal democrático, regido pelo princípio da intervenção mínima. (BURGALHO, 2007, p.293)

⁷⁷ (DÍEZ RIPOLLÉS, 2011, p.1)

⁷⁸ (GRACIA MARTIN, 2005, p.103-4)

Enfim, as considerações feitas em linhas anteriores demonstram, ainda que de forma sucinta, o panorama que se encontra inserido o direito penal moderno. Novos tipos delitivos, nova concepção de bem jurídico, sociedade do medo, a supremacia dos meios de comunicação, direito penal simbólico, todos esses fatores começam a moldar um novo sistema punitivo, distinto daquele surgido em bases essencialmente liberais e institucionalizado em um Estado Democrático de Direito.

Em meio a tantas ponderações acerca da realidade cambiante que se insere o direito penal moderno, valioso destacar a força e capacidade da opinião pública no processo de transformação. Se utilizada como massa de manobra ao atendimento de interesses políticos escusos, é preciso que esse esforço se volte à construção de um sistema punitivo conectado às mudanças sociais, sem que para isso deixe de lado as conquistas e garantias próprias de um Estado Democrático de Direito.

Enquanto destinatária das normas penais, a sociedade tem o dever de participar efetivamente no debate acerca dos bens que realmente requerem a proteção penal, refutando as influências de cunho meramente político e sensacionalista, sob pena de restar desvirtuada a missão e natureza próprias do Direito Penal. A criação de tipos penais faz necessária a participação popular, desde que seja guiada de maneira criteriosa, arrazoada e atenta ao poder de persuasão irrefreável que exerce a mídia⁷⁹.

Balizas constitucionais se fazem necessárias à formação do novo direito penal, pois concebê-lo sob uma ótica demasiadamente abrangente, acaba por atacar os próprios fundamentos do sistema de garantias de toda a Constituição, uma vez que a tentativa dirigida à proteção máxima de determinado bem, através de medidas exarcebadas, tende a provocar a flexibilização dos direitos individuais, das garantias processuais e dos princípios vetores de todo o ordenamento, convertendo o Estado Democrático de Direito em estado de exceção⁸⁰.

3. PROPORCIONALIDADE E DIREITO PENAL

Mais uma vez, a Constituição revela-se a fonte válida de todo ordenamento. O Direito Penal, por seu turno, deverá buscar seus limites e objetivos a serem alcançados na

⁷⁹ (FARIA, 2010, p.276)

⁸⁰ (CANTÓN FILHO, 2012, p. 150)

própria Carta Magna, tendo em vista que lá se encontram os pilares do sistema jurídico⁸¹.

A partir daí, os princípios aplicados ao Direito Penal necessariamente deverão guardar estreita correlação aos princípios consagrados constitucionalmente, de modo a informar sua atuação, impondo funções e limites ao poder de punir do Estado. Os princípios básicos reconhecidos e assimilados pelo Direito Penal formarão “a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático”⁸².

Os princípios acolhidos pelo Direito Penal terão como função primordial assumir sua condição de pautas valorativas a serem concretizadas pelas demais normas jurídico-penais, de maneira a produzir uma interferência direta no conteúdo das regras jurídicas do sistema penal como um todo. Numa definição concisa, os princípios de direito penal nada mais são do que uma adequação racional de valores constitucionais⁸³.

Classificar um princípio como constitucional penal é fazer referência a um princípio de natureza geral, não exclusiva do Direito Penal, mas pertencente a todo o sistema jurídico, ao contrário do que acontece com os princípios penais constitucionais, os quais, retirados do corpo da Constituição, tratam unicamente da matéria penal⁸⁴.

A despeito da distinta classificação, os princípios mantêm conservadas indistintamente sua aplicação e subordinação, atribuindo às normas infraconstitucionais o seu respeito e atendimento, a fim de conformar os valores constitucionais à seara penal. Certo de que a Constituição determina uma zona de convergência com o Direito Penal, os fundamentos e limites da atividade estatal repressiva deverão naquela estar contidos⁸⁵.

Dentre a ampla gama de princípios destinados ao Direito Penal, o presente estudo tratará especificamente do princípio constitucional penal da proporcionalidade, não olvidando da extrema importância que os outros princípios representam à intervenção penal, a exemplo da legalidade (limitação formal e material à cominação de crimes e penas), da humanidade (proibição à adoção de penas desumanas e degradantes), da culpabilidade (vedação à responsabilização por fato de terceiro ou objetivamente) etc.

⁸¹ (COELHO, 2009, p.77)

⁸² (BATISTA, 2007, p.61-2)

⁸³ (MELLO, 2005, p.159-166)

⁸⁴ (COELHO, 2009, p.77)

⁸⁵ (RIVACOBBA, 2000, p. 41)

Eleito, por Paulo Queiroz, como o princípio mais importante de todo o Direito, a proporcionalidade revela especial relação com o Direito Penal, pois está intrinsecamente imergida na aplicação dos seus institutos, como a legítima defesa, a responsabilidade penal, erro de tipo e outros conceitos que albergam o estudo das sub-regras da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito⁸⁶.

Não pairam dúvidas quanto à indispensabilidade na aplicação do princípio da proporcionalidade ao Direito Penal sedimentado nas bases de um Estado Democrático de Direito. Outra razão não há, senão a de que o Direito Penal carrega em seu bojo um conflito entre a liberdade do sujeito e a intervenção estatal, sendo essencialmente um instrumento de vulneração dos Direitos Fundamentais⁸⁷.

E como tal, a intervenção penal deve assumir caráter excepcional, encontrando respaldo exatamente na observância do princípio da proporcionalidade em suas três dimensões, de maneira que o emprego das medidas penais atinja o mínimo possível os direitos dos cidadãos.

Ao contrário do que se convencionou a afirmar que somente aquilo que é adequado pode ser considerado necessário, mas o necessário terá de ser necessariamente adequado, estabelecendo uma ordem lógica para aplicação dos subelementos da proporcionalidade, o direito penal não obedece tal regra, por deter níveis diversos de aferição do princípio⁸⁸.

Por fim, não se pode olvidar que o princípio constitucional em questão se faz presente durante todas as fases de desenvolvimento do direito penal, de maneira que se não opera tão somente no momento de sua concreção judicial, mas também ao longo da produção legislativa, conforme se verá a seguir.

3.1. Necessidade e princípio da intervenção mínima

Dentre os níveis de avaliação do princípio da proporcionalidade dirigido às normas penais, o primeiro deles é a necessidade. Através da presente sub-regra será valorado se a conduta a ser incriminada preenche os requisitos constitucionais essenciais a ser elevada à categoria de ilícito penal⁸⁹.

⁸⁶ (QUEIROZ, 2005, p.32-33)

⁸⁷ (MELLO, 2007, p.207)

⁸⁸ (GOMES, 2003, p.80)

⁸⁹ (GOMES, 2003, p.80)

Ora, o cotejo da subregra da necessidade se volta primariamente à atuação do legislador penal, porquanto atinge diretamente o processo de criminalização de condutas e definição dos tipos penais, num momento em que a atuação legislativa não poderá prescindir da compreensão do texto constitucional, enquanto ordem de valores a serem concretizados pelo Direito Penal⁹⁰.

O princípio da intervenção mínima enfrenta a missão de orientar e limitar o poder incriminador do Estado, apregoando que o processo de criminalização de uma conduta apenas se mostrará legítimo se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico, pois se a existência de outros meios de controle social forem suficientes à tutela deste bem, a incidência penal se tornará inadequada e não recomendável⁹¹.

A dimensão da necessidade consiste basicamente na escolha do meio menos gravoso, ou seja, “diante de dois meios igualmente eficazes para se atingir determinado fim, deve ser escolhido aquele que tenha a menor interferência possível nos direitos fundamentais”⁹².

Sob esse aspecto, a intervenção penal será necessária se a consecução do fim almejado não poderia ser alcançada por meio de outra medida, igualmente eficaz, menos restritiva, como aquelas de natureza civil ou administrativa⁹³. A medida penal só deverá ser aplicada quando manifesta a sua absoluta necessidade ante as circunstâncias concretas do caso apresentado, numa visível correlação com o que determina o princípio da intervenção mínima.

“Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.”⁹⁴

⁹⁰ (COELHO, 2009, p.82)

⁹¹ (BITTENCOURT; PRADO, 1996, p.82)

⁹² (MELLO, 2007, p.208)

⁹³ (FELDENS, 2005, p.163)

⁹⁴ (LUISI, 2003, p.39)

É de completa ciência que a tutela penal constitui medida extrema, não devendo incidir sobre toda e qualquer lesão de bem jurídico. Assis Toledo esclarece que o Direito Penal reserva sua atuação apenas à proteção especial de bens jurídicos, quando insuficientes as garantias extrapenais oferecidas pela ordem jurídica vigente, tornando a intervenção penal subsidiária, fragmentária e *ultima ratio*⁹⁵.

Reforça o coro Ferrajoli (2006, p.427) ao afirmar categoricamente que a intervenção punitiva representa a técnica de controle social mais gravosa, lesiva e violenta frente à liberdade e dignidade do indivíduo, devendo-se invocá-la tão somente como remédio extremo, constatada a sua efetiva necessidade.

Em outro dizer, a intervenção penal apenas será legítima quando esgotados todos os recursos e alternativas possíveis de controle social de que dispõe o Estado e a ordem jurídica. Fracassadas ou insuficientes as formas disponíveis à contenção das condutas desviantes, restará justificado o apelo à atuação penal na solução do conflito.

Toda a prioridade conferida ao uso dos meios extrapenais não é acidental. A arma do Direito Penal que dispõe o Estado é o meio menos recomendável para a proteção do indivíduo, em razão dos custos sociais que implica, alcançando os conflitos sociais em nível já avançado. Sua atuação é tardia e inapta a neutralizar as causas geradoras das desordens sociais, sem falar na sua falta de capacidade de restaurar a condição anterior que se encontrava o bem jurídico tutelado⁹⁶.

Pertinente a observação feita por Fábio Roque de Araújo⁹⁷ ao destacar que a intervenção penal por si só é revestida de tamanha violência, que a mera deflagração da persecução criminal traz consigo um fardo estigmatizante e cruel, devendo ser, por conta disto, excepcional, em que reste demonstrada a inequívoca necessidade da medida adotada.

As marcas do sistema repressivo costumam permanecer com o indivíduo durante toda sua vida, tal qual uma cicatriz, tamanha a violência que lhe é inerente, muitas vezes impondo ao cidadão condição análoga a de um animal de zoológico, trancafiado nas jaulas dos tribunais, em situação humilhante, sendo assistido por outras pessoas que dificilmente o verá como ser humano⁹⁸.

⁹⁵ (TOLEDO, 1991, p.17)

⁹⁶ (QUEIROZ, 1998, p.24-5)

⁹⁷ (ARAUJO, 2011, p.152)

⁹⁸ (CARNELUTTI, 2010, p.14)

Por esta razão, em face da inevitável vulneração dos direitos fundamentais do indivíduo, é que se encontra o fundamento basilar do princípio da intervenção mínima, mediante o qual a chancela penal deverá assumir qualidade subsidiária, quando não haja qualquer outra forma de debelar a lesão ao bem jurídico.

É possível extrair alguns exemplos da legislação pátria, nos quais se pode verificar o manifesto desatendimento ao princípio da intervenção mínima, derivado da subregra da necessidade, tornando a medida penal, por sua vez, desproporcional.

A título de ilustração, o Código Penal Brasileiro traz no seu art. 330 o crime de desobediência. No entanto, tal ilícito é igualmente previsto em outros âmbitos do Direito, havendo cominação de sanções civis, administrativas e processuais para este tipo de ato, eivando a sanção penal da mácula da desproporcionalidade, já que existem meios menos gravosos para a proteção do bem jurídico ali representado.

Nessa senda, a legislação penal carece de sentido, já que o restante do ordenamento jurídico anteriormente previu a conduta punível e lhe atribuiu sanções de natureza extrapenal, o que afasta a necessidade da intervenção repressiva, utilizada, não raro, de forma equivocada como *prima ratio*⁹⁹.

É preciso que o Estado lance mão da enorme gama de recursos disponíveis no sistema jurídico vigente, a fim de proteger os interesses da sociedade, sem que arrogue unicamente ao Direito Penal a função de tutelar os bens jurídicos fundamentais, de modo que seu emprego se revele necessário apenas naqueles casos em que os meios utilizados se mostraram insuficientes à solução do conflito.

A respeito da característica subsidiária própria do Direito Penal, Mariângela Gomes¹⁰⁰ chama atenção para o duplo aspecto que reveste o instrumento repressivo, o negativo e o positivo, sendo eles compatíveis e complementares. O primeiro consiste na vedação ao Estado em estabelecer tutela penal ao bem jurídico, quando este último poderia receber a mesma proteção através de outros meios, ao passo que o segundo impõe ao Estado a obrigatoriedade em adotar todas as medidas não penais que evitem a utilização do recurso ao Direito Penal.

A proteção penal voltada apenas às formas de agressão mais intoleráveis aos bens jurídicos fundamentais descreve uma forma racional, adequada e eficaz à resolução dos

⁹⁹ (MARQUES, 1964, p.09)

¹⁰⁰ (GOMES, 2003, p.85)

conflitos, na medida em que confere não apenas menor extensão ao exercício do Direito Penal, mas o torna minimamente intenso, menos ofensivo aos bens jurídicos fundamentais do cidadão.

O que se vê, contudo, é um aumento abusivo das normas penais criminalizadoras, com o fito de fazer cumprir outras leis, quando deveriam ocupar-se com a punição de condutas violadoras aos bens essenciais da sociedade. As normas de natureza penal não podem prescindir do seu elemento essencial: a objetividade jurídica, a qual consiste na finalidade de proteção dos bens fundamentais, de modo que sua ausência retira da norma penal seu prisma substancial, conferindo-lhe apenas uma roupagem aparentemente penal¹⁰¹.

Isto é, acreditar que a edição de normas penais cumpre a função de regular toda e qualquer espécie de conflito da sociedade, de forma satisfatória, é converter um direito penal instrumental apenas em simbólico, de modo a promover seu desgaste, sem que haja a necessária utilidade do seu emprego, enquanto forma extremamente gravosa ao cidadão¹⁰².

Daí ser digna de destaque a atuação do hermeneuta. Situada em fase posterior à elaboração legislativa dos tipos penais, a atividade interpretativa possui fundamental importância na verificação do atendimento aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, necessidades mínimas à intervenção penal, os quais devem guiar o legislador infraconstitucional¹⁰³.

Enfim, presentes e disponíveis outros meios à salvaguarda dos bens jurídicos fundamentais, não assiste razão àquele que opta pela intervenção mais radical na liberdade do indivíduo, qual seja a de natureza penal, causando-lhe desnecessariamente aflições e suplícios evitáveis se utilizadas outras formas de controle social, igualmente eficazes.

3.2. Adequação e princípio da adequação social

Semelhante ao critério acima delineado, a observância da adequação penal voltada não só ao legislador penal, como ao aplicador do direito, é determinada pela análise da probabilidade de determinada incriminação vir a cumprir a finalidade preventiva a que se propõe o Direito Penal. Isto é, constitui uma análise entre meios e fins, de modo que

¹⁰¹ (OLIVEIRA, 1997, p.149)

¹⁰² (COELHO, 2003, p.114)

¹⁰³ (MINAHIM, 1999, p.46)

a proporcionalidade da norma restará configurada quando se mostra idônea à prevenção de práticas já valoradas, anteriormente, como necessitadas de ameaça penal¹⁰⁴.

Tem-se como ponto de partida ao exame da adequação penal o escopo precípua do Direito Penal, o qual consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais. Isto é, considera-se a medida penal adequada, quando o meio empregado possa atingir, ao menos fomentar, o resultado pretendido, que, no caso, é a tutela dos bens jurídicos. Na hipótese da criminalização da conduta não alcançar o fim penal de proteção ao bem jurídico fundamental, configurado estará o abuso legislativo¹⁰⁵.

O alcance do fim da incriminação (tutela do bem jurídico) é o fundamento do exercício da intervenção penal. Ao revés do que possa parecer, a questão central que se coloca na aferição da subregra da adequação não é simplesmente o objetivo da tutela, mas gira em torno do instrumento utilizado, numa relação entre meio-fim. Ou seja, toca à “idoneidade do tipo penal e aparato sancionatório para perseguir o resultado de tutela tido como legítimo”¹⁰⁶.

O direito penal absorveu ao seu corpo o princípio da adequação social, enquanto princípio corolário da proporcionalidade/adequação. Desenvolvida por Hans Welzel, a teoria da adequação social parte do pressuposto que os tipos penais indicam formas de conduta que supõe uma infração grave dentro da ordem social.

Entretanto, ainda que presentes no universo dos tipos penais, determinadas condutas não serão tidas como criminosas se estiverem em conformidade com a ordem social. Condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas que se mantêm dentro dos limites da liberdade de ação social¹⁰⁷.

Nesse rumo, determinados comportamentos carecem de relevância, muito embora objetos de tipificação penal, por conta das suas repetidas ocorrências no meio social, circunstância que os torna socialmente permitidos ou tolerados, imunes à reprovação social¹⁰⁸.

Se a sociedade figura como destinatária final da ordem jurídica, nada mais justo que caiba especialmente a ela determinar qual conduta seja ter como criminosas. “De nada adianta ao legislador tipificar essa ou aquela conduta, tornando-a de criminosas, se o

¹⁰⁴ (GOMES, 2003, p.80)

¹⁰⁵ (ARAÚJO, 2011, p. 149-150)

¹⁰⁶ (GOMES, 2003, p.131)

¹⁰⁷ (WELZEL, 2004, p.87-88)

¹⁰⁸ (BITTENCOURT; PRADO, 1996, p.86)

meio social, ainda que informalmente, acolhe com naturalidade o infrator dessas normas”¹⁰⁹.

Através do princípio da adequação social, a tipicidade da conduta socialmente adequada será afastada. A desnecessidade da intervenção penal se dá em razão da tolerância e aceitação social em face da conduta praticada, conduzindo-a a licitude, em que pese a literalidade do código repressivo a qualifique como um injusto típico.

O crime de adultério¹¹⁰ tinha como objeto de tutela penal a organização familiar e a preservação do instituto do casamento. Entretanto, como bem assevera Welzel, a obrigação de levar uma vida conjugal somente deve dizer respeito ao casal, de modo que a infração a este dever trará conseqüências somente ao seio matrimonial. Não cabe à tutela penal impor o seu cumprimento, pois o abandono da vida conjugal é considerado uma conduta socialmente adequada, que se mantém dentro dos limites da liberdade de ação social¹¹¹.

O que se pretende com a adoção de uma medida adequada é que seu emprego alcance ou promova a consecução da finalidade traçada. Não sendo verificada essa perfeita ligação entre meio e fim, não há que se falar em proporcionalidade/adequação.

Numa exemplificação esdrúxula, a possível criminalização da caça a animal extinto ou a omissão de socorro de cadáver denota a desproporcionalidade, a inadequação da medida penal, tendo em vista a ausência de bem jurídico a ser tutelado, sendo tal ato destituído de efetividade. O parâmetro da adequação a ser aferido se refere justamente a tutela penal do bem jurídico, não tendo qualquer relevância se outras fontes de controle social não são efetivas¹¹².

A tipificação de condutas criminosas, por conseguinte, deve demonstrar a capacidade em tutelar o bem jurídico pretendido, de maneira que devem ser afastadas, de plano, aquelas ações legalmente enquadradas como delituosas, desprovidas do propósito basilar do direito penal, qual seja a proteção do bem jurídico.

¹⁰⁹ (CARVALHO, 1997, p.70)

¹¹⁰ Antes da sua revogação, instituída pela Lei 11.106/2005, o crime de adultério estava preconizado no art.240 do Código Penal Brasileiro. **Art.240** – Cometer adultério: Pena: detenção, de quinze dias a seis meses.

¹¹¹ (WELZEL, 2004, p.87)

¹¹² (ARAÚJO, 2011, p. 151)

3.3. Proporcionalidade em sentido estrito e princípio da insignificância

Derivada do pensamento beccariano¹¹³, a aplicação da subregra da proporcionalidade em sentido estrito é verificada especialmente no momento de atuação do intérprete, foco do presente trabalho, o qual deverá exercer um juízo de valoração concreto entre a quantidade e qualidade da sanção imposta ao delito e sua gravidade¹¹⁴.

Consoante a ordem lógica do princípio da proporcionalidade, deverá ser formulada a seguinte interrogativa, com o fito de aferir a subregra da proporcionalidade em sentido estrito: “a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?”¹¹⁵.

No dizer de Luciano Feldens¹¹⁶ a pena se mostra desproporcional em seu sentido estrito quando resta detectado um desequilíbrio patente e excessivo entre a sanção e a finalidade da norma, tendo como referência o bem atingido em face da sua incidência.

Caberá ao intérprete, portanto, desempenhar constante juízo de ponderação, a fim de valorar o castigo a ser aplicado e a gravidade do crime praticado, de modo que a carga de privação ou restrição de direito imposta pela pena guarde a devida proporção com o fim perseguido com a incriminação e com as penas cominadas¹¹⁷.

Sob uma análise dos prós e contras, a incriminação de condutas deve estar balizada nas mazelas oriundas da aplicação e execução da pena prevista em abstrato em face da pacificação social que se pretende, enquanto bem jurídico tutelado pelo direito penal. Se a violência inerente a intervenção penal se denuncia mais danosa à sociedade que a imposição da pena ao acusado, a medida será considerada manifestamente desproporcional¹¹⁸.

¹¹³ Profundamente influenciado pelo pensamento iluminista de Montesquieu, Cesare Beccaria sistematizou, na sua obra “*Dei delitti e delle pene*” (Dos delitos e das Penas), as idéias e críticas voltadas ao tenebroso direito penal vigente no Estado absolutista, erigindo-a a condição de verdadeiro paradigma na humanização do Direito Penal. Traz como pedra de toque a noção de proporcionalidade entre infração e sanção penal. Com isso, sustenta-se a pretensão de livrar o indivíduo do uso arbitrário do *ius puniendi* pelo Estado, de modo a serem estabelecidos os limites dentro dos quais esse poder poderá ser exercido. (BECCARIA, 2011, p.42)

¹¹⁴ (GOMES, 2003, p.81)

¹¹⁵ (SANTOS, 2008, p.28)

¹¹⁶ (FELDENS, 2005, p.166),

¹¹⁷ (QUEIROZ, 2005, p.36)

¹¹⁸ (ARAÚJO, 2011, p.155)

O subelemento da proporcionalidade *stricto sensu* funda-se num juízo de “valoração comparativa”¹¹⁹ entre o intervento punitivo essencialmente incisivo e a finalidade perseguida com sua imposição. Noutra dizer, deve-se apurar a existência da proporcionalidade a partir da ponderação entre a carga coativa da medida penal e a gravidade do crime praticado.

Paralelo a subregra em questão surge o princípio da insignificância, na medida em que é imposta ao Direito Penal a obrigação de atuar apenas onde houver manifesta necessidade para a proteção do bem jurídico, não lhe cabendo intervir frente às condutas de pouca importância, que não causem efetivamente danos que justifiquem uma resposta sancionatória.

Se a lesão ao bem jurídico é ínfima, a intervenção penal se revela desproporcional, haja vista a máxima vulneração dos Direitos Fundamentais por parte desta atuação estatal, ante a natureza violenta que lhe é intrínseca, em confronto com a lesão mínima ao bem jurídico¹²⁰.

Calha trazer à baila o escólio de Bittencourt e Prado¹²¹ em que aponta o caráter irrelevante da conduta não apenas no tocante à importância do bem jurídico, mas principalmente no que se refere ao grau de intensidade da lesão que lhe foi produzida. Trocando em miúdos, a tipicidade penal exige não somente a mera ofensa ao bem jurídico tutelado, mas que esta violação seja grave o suficiente para legitimar a drástica intervenção estatal.

Sob este prisma, o princípio da insignificância incidirá naqueles casos em que a aplicação da pena, a ingerência penal trará maiores prejuízos, maior perturbação social que a mera lesão provocada ao bem jurídico tutelado, ante sua natureza bagatelar¹²².

É o caso, por exemplo, dos crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça, nos quais os Tribunais Superiores Pátrios vêm consolidando entendimento no sentido de afastar a tipicidade material do delito perpetrado, em razão da mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, numa tentativa de construção garantista do Direito Penal.¹²³

¹¹⁹ (GOMES, 2003, p. 170)

¹²⁰ (MELLO, 2007, p.216)

¹²¹ (1996, p.87)

¹²² (COELHO, 2009, p.111)

¹²³ Precedentes: HC 108872/RS; HC 106510/MG; HC 94549/RS

“A aplicação do princípio da insignificância é uma imposição decorrente da sistemática penal moderna, que não pode somente se basear no desvalor da ação para entender como típico um fato, mas, sim, que deve observar o desvalor do resultado, ou seja, o grau de significância da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.”¹²⁴”

O Direito Penal não deve ocupar-se com condutas irrelevantes, mas concentrar seus esforços na tutela dos bens jurídicos fundamentais, essenciais ao desenvolvimento do ambiente social, de forma que a restrição penal de direitos do indivíduo face ao seu comportamento, ainda que típico, de natureza insignificante, infimamente danoso, não se mostra proporcional.

Imperioso esclarecer que os princípios acima pormenorizados não incidem no subsistema penal de forma independente e aleatória, senão de maneira conjunta e lógica, aliados, ainda, ao duplo aspecto da regra de proporcionalidade, enquanto parâmetros balizadores do cumprimento da função primordial do Direito Penal, qual seja a tutela dos bens jurídicos fundamentais.

4. DA DUPLA FACE DA PROPORCIONALIDADE

Sob o contexto de um direito penal cada vez mais inserido e influenciado por uma polarização social e econômica aguda, geradora de extremismos, conforme já demonstrado alhures, faz-se indispensável a invocação do princípio da proporcionalidade, em sua dupla face como proibição de excesso e proibição de insuficiência, a fim de atuar na concretização legítima dos deveres de proteção que vinculam os poderes estatais no âmbito da tutela dos direitos fundamentais¹²⁵.

Um direito penal marcadamente extremista, como o atual, tende a macular sua finalidade precípua de proteção aos bens jurídicos fundamentais, na medida em que viola frontalmente o princípio da proporcionalidade ao empregar uma tipificação penal de natureza excessiva ou insuficiente, distante do equilíbrio possível e necessário à sua formulação garantista, própria de um Estado Democrático de Direito.

¹²⁴ (COELHO, 2003, p.120)

¹²⁵ (SARLET, 2004, p.61)

Nesse aspecto, o dever de proteção do Estado não se limita ao sentido clássico, de ordem negativa, destinado meramente a imposição de limites ao sistema punitivo e abstenção da prática de condutas violadoras aos direitos de defesa, senão vai além, quando assume a feição de um garantismo positivo, com o condão de competir um comportamento ativo na concretização das garantias constitucionais.

Não se pretende, com isso, que o dever de proteção às garantias do indivíduo se dê de forma compartimentalizada, tal qual uma mera superação de fases, mas que o papel do Estado na tutela dos direitos fundamentais se concretize de maneira agregada, por meio de uma “política integral de proteção dos direitos”¹²⁶.

Restringir a função do direito penal à proteção contra os abusos estatais é conceber o princípio da proporcionalidade apenas sob o prisma unilateral, alheia a sua noção traçada por Sarlet¹²⁷ a qual refuta uma concepção exaurida na categoria da proibição de excesso, já que encontra igualmente um dever de proteção por parte do Estado, diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal.

Sem que seja abandonado o modelo clássico de garantismo negativo, próprio da visão liberal, a missão estatal, no pano do direito penal, deve ser compreendida a partir de uma nova perspectiva, posicionando o Estado não mais como “inimigo” do cidadão, senão como implementador e protetor dos seus direitos fundamentais, conformando o princípio da proporcionalidade, em sua dupla face, ao modelo do Estado Democrático de Direito¹²⁸.

Alterando-se a feição absentéista do Estado, necessariamente será modificada a feição do direito. Isto é, supera-se o cunho ordenador do direito, passando a ser encarado como instrumento de transformação, ante o papel dirigente da Constituição. Se antes o Estado mostrava-se preocupado tão somente em dar respostas imediatas, através do direito, às agressões aos direitos e garantias individuais, agora não foge à sua alçada o dever prestacional, o qual exige que sua atuação esteja pautada em níveis mínimos de proteção, em consonância com a perspectiva compromissória adotada pela Carta Magna.

¹²⁶ Expressão criada por Baratta (1999, p.110), a qual visa definir o garantismo não apenas no seu aspecto negativo como limite do sistema positivo, senão também como garantismo positivo.

¹²⁷ (SARLET, 2004, 63-4),

¹²⁸ (STRECK, 2007, p. 98-9)

Esta é, pois, a determinação constitucional a ser aplicada na busca pelo equilíbrio da atividade estatal ante a tutela dos bens jurídicos fundamentais. Patrocinada pelo princípio da proporcionalidade, em seu duplo aspecto, “a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão *frente ao Estado*; a duas, *através do Estado* [...]”¹²⁹.

4.1. Da proibição de excesso

Não raro, a doutrina, muitas vezes, se vale da idéia de proibição de excesso como termo equivalente ao princípio da proporcionalidade. No entanto, não se pode perder de vista que a proibição de excesso nada mais é que uma faceta do princípio da proporcionalidade, de modo que igualar tais institutos consiste numa incoerência sistêmica.

Classificados como postulados distintos¹³⁰, a proibição de excesso deve ser aferida separadamente do postulado da proporcionalidade, na medida em que sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, mas encontra-se vinculada ao contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido¹³¹.

Seu campo de atuação, por seu turno, revela o liame indisfarçável com concepção liberal de Estado, em que o grande objetivo do direito era atuar na defesa das garantias fundamentais do indivíduo, operando como elemento legitimador da intervenção estatal. Exige-se do Estado uma obrigação de não fazer, uma conduta meramente negativa em favor da liberdade individual¹³².

Numa definição breve, a proibição de excesso traduz a impossibilidade de o Estado agir de maneira excessiva ou abusiva na consecução de suas finalidades, de modo que ao exercer suas atividades deverá observar os direitos e garantias individuais, procurando estabelecer uma relação de equilíbrio entre os atos do Poder Público e a correspondente limitação aos direitos fundamentais do cidadão.

¹²⁹ (STRECK, 2007, p.98)

¹³⁰ A proporcionalidade é identificada como postulado normativo aplicativo, a qual figura como elemento estruturante para a aplicação de outras normas, ao passo que a proibição de excesso enquadra-se na condição de postulado inespecífico, tendo como principal característica a ausência de especificação dos elementos e critérios a serem objeto de preservação. (ÁVILA, 2004, p.89-93)

¹³¹ (ÁVILA, 2004, p.97)

¹³² (STRECK, 2009, p.88)

Os limites de legitimação da intervenção Estatal na liberdade de atuação da sociedade possuem íntima relação com o valor de um bem jurídico. Isto é, não se pretende que toda conduta relativa ao bem jurídico específico seja criminalizada, senão apenas quando tal comportamento se mostre lesivo ou o coloque em perigo, numa proteção tipicamente negativa.

Acerca da dimensão negativa da proporcionalidade, Mariângela Gomes¹³³ ressalta que:

“[...] para que as possibilidades de intervenção estatal na esfera de liberdade dos indivíduos resem efetivamente limitadas, não basta a existência de limites apenas formais, mas impõe-se uma garantia material perante o risco de que a maioria parlamentar escolha criminalizar de forma antiliberal. É neste sentido, então, que o princípio da proporcionalidade assume especial papel de garantia, de caráter negativo, cumprindo a finalidade de frear a degeneração do poder punitivo, impedindo-o de expandir-se ilimitadamente.”

Em seguida, esclarece que esta garantia encontra-se relacionada à técnica de legitimação interna das normas, própria do direito penal, consistente em vínculos negativos, não apenas dirigidos ao legislador, mas também ao juiz, quando deverão observar o momento e a forma de atuação. Pretende, com isso, impor a tutela de determinado direito ou liberdade fundamental, vinculando para tanto as normas de natureza sancionatória e restritiva, de nível inferior¹³⁴.

Partilha desse entendimento Maria Luiza Streck, de sorte que se depara com a proibição de excesso não apenas no momento da criação do direito, por meio da atividade legislativa, senão salienta sua presença no momento de sua aplicação, feita por juízes e tribunais. Ou seja, a proibição de excesso assume papel relevante no processo de penalização, ao longo de três fases: na primeira delas, a extensão de determinada figura delitiva pode afetar a proibição de excesso; na segunda, o marco penal abstrato pode não estar em harmonia com a matéria do injusto delimitada no tipo legal; por último, o excesso pode restar configurado nas decisões proferidas pelos aplicadores do direito¹³⁵.

Sem dúvida alguma, as limitações de ordem constitucional impostas às intromissões penais constituem a maior garantia que o Direito Penal estabeleceu a partir do iluminismo. A preocupação central com a coibição de excessos praticados pelo

¹³³ (GOMES, 2003, p.74-5)

¹³⁴ (GOMES, 2003, p.75)

¹³⁵ (STRECK, 2009, p.89)

“inimigo”, o Estado, servirá de fundamentação ao poder punitivo, no interesse da proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade, no seu viés negativo, representado pela proibição de excesso, constitui uma ferramenta de fundamental importância na verificação da carga restritiva que recai sobre os direitos fundamentais por meio da lei penal, a qual poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, se demonstrada sua natureza excessiva e desmesurada.

A constatação da inconstitucionalidade de determinada medida restritiva de direito, por violação à proporcionalidade como proibição de excesso, pode ser verificada nas seguintes parciais: (a) adequação; (b) necessidade e (c) proporcionalidade em sentido estrito. Nelas, será procedido um juízo negativo, com o fito de analisar a ausência de ofensividade da conduta, o que afastaria a dignidade penal¹³⁶.

Há, ainda, situações em que a proibição de excesso pode ser caracterizada, quando o legislador promove uma manifesta incoerência endonormativa no sistema jurídico-penal, ao apenar mais gravemente uma conduta que, ao lado de outra, ajustadamente penalizada, não se apresenta assim como um tanto mais grave. E, nesta seara acerca do valor das penas, Feldens¹³⁷ traz à baila o escólio de Hirsch, batizada como a teoria proporcionalista.

Tem como ponto de partida a distinção entre a proporcionalidade ordinal e a cardinal. A primeira se refere a uma escala relativa na qual, comparativamente, condutas mais graves merecem uma reprovação penal mais severa. A segunda trata da proporcionalidade não relativa, a qual permite calibrar a gravidade da pena em relação à conduta sem que haja necessidade de estabelecer comparações com outras penas.

A proporcionalidade ordinal, por sua vez, comporta três subcritérios: (a) paridade das penas, na qual delitos de gravidade semelhante merecem penas de severidade similar; (b) escalonamento das penas, o qual advoga pela ordenação das penas em escala de forma tal que sua maior ou menor severidade reflita o nível de gravidade dos delitos implicados e; (c) distanciamento das penas, em que se defende a idéia de haver distância específicas das penas, conforme a gravidade de cada delito¹³⁸.

¹³⁶ (FELDENS, 2008, p.86)

¹³⁷ (FELDENS, 2008, p.88)

¹³⁸ (FELDENS, 2008, p.88)

Muito embora a teoria criada por Hirsch venha trazer elucidações acerca da proibição de excesso, é preciso ter em mente que sua aplicação não é de toda absoluta, de modo que o magistrado jamais deverá furtar-se da análise concreta, já que uma aparente desproporção pode estar justificada, em determinados casos, por questões alinhadas à política criminal, a fim de conter uma conduta específica.

É o caso, por exemplo, do homicídio culposo. A teor do que dispõe o Código Penal, a pena cominada para o art.121, § 3º é de 1 a 3 anos de detenção, ao passo que o art.302 da Lei nº 9.503/97 prevê uma pena de 2 a 4 anos, nas hipóteses de homicídio culposo de trânsito. Numa primeira impressão, pode-se dizer que o tratamento dispensado pela lei especial revela-se excessivo, se tomada como parâmetro a previsão da lei geral. Entretanto, com base em dados empíricos, pode-se perceber que os casos de homicídio culposo ocorridos no trânsito decorrem de condutas imprudentes na condução do veículo automotor, de maneira que a diferença entre as sanções apontadas parece estar justificada por motivos político-criminais, a fim de frear a recorrência da conduta lesiva, afastando qualquer caráter desproporcional¹³⁹.

Portanto, a dimensão negativa da proporcionalidade, a proibição de excesso, não será apurada sob bases abstratas, mas encontrará suas balizas *casu in casu*, de modo que a resposta penal deverá adequar-se às peculiaridades de certo fato, a fim de guardar a coerência e proporção necessária com o fim colimado, sob pena do Direito Penal experimentar o descrédito.

Superado o exame desta faceta da proporcionalidade, não se pode desconhecer o estudo acerca da outra dimensão, qual seja a positiva, representada pela proibição à tutela insuficiente, indispensável à composição plena do princípio da proporcionalidade, enquanto sustentáculo da atuação estatal na tutela dos direitos fundamentais do indivíduo.

4.2. Da proibição à proteção insuficiente

Tratar da feição positiva da proporcionalidade, a proibição de insuficiência, é ter como referência não mais os direitos fundamentais de defesa, próprios da primeira dimensão, mas aqueles de segunda e terceira dimensões, os quais possuem alcance positivo. Isto é, por não ocuparem posição contrária ao Estado, passam a exigir-lhe ações capazes de

¹³⁹ (FELDENS, 2008, p.90)

efetivar o exercício das garantias previstas constitucionalmente, numa imposição de dever de tutela a ser cumprido.

Os deveres de proteção jurídico-fundamentais voltados ao Estado revelam o rompimento com o modelo clássico de proibição, como os direitos unicamente de defesa. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais reflete a nova fase assumida pelo Estado Democrático de Direito, na qual implicou-se um novo processo de proteção aos direitos, de ordem prestacional, em razão da complexidade social instalada no decorrer do século XX¹⁴⁰.

Fixar os limites do dever de proteção estatal, por sua vez, não se mostrava um trabalho simples. Em meio a polêmicas doutrinárias, o Tribunal Alemão, em 1975, decidiu, no corpo do julgado BVerfG 88, 1993, qual o sentido a ser dado à proibição de infraproteção. Passa a ser considerada, portanto, como a antagonista da tradicional proibição de excesso, representando o limite inferior da liberdade de valoração do legislador¹⁴¹.

Streck¹⁴² traz em sua obra trechos da referida jurisprudência alemã, destinada ao julgamento da descriminalização do aborto, a qual revela o uso efetivo da proibição de tutela insuficiente, destacando seu papel e características, senão note-se:

“O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos- uma proteção adequada, e como tal, efetiva (Untermassverbot). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. (...)”

Malgrado existam posicionamentos doutrinários tendentes a fixar uma compatibilidade entre a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente¹⁴³, o presente

¹⁴⁰ (STRECK, 2009, p.94)

¹⁴¹ (STAECHELIN, 2000, p.289)

¹⁴² (STRECK, 2011, p.6-7)

trabalho liga-se a tese de que ambas constituem categorias autônomas, detentoras de características próprias, embora estejam intimamente relacionadas¹⁴⁴.

Considerar a proibição de excesso e a proibição da infraproteção como uma só face da moeda é ignorar o campo de liberdade deixado ao legislador para a concretização do dever de proteção, tendo em vista que o dever de tutela definitivo não começa onde termina o direito de defesa, de modo que este limite representa tão somente a área de conformação da atividade legislativa ordinária¹⁴⁵.

Justamente em razão do indissociável vínculo entre a proibição de insuficiência e a proteção dos bens jurídicos fundamentais é que se pugna pelo espaço de liberdade do legislador, aonde irá se valer não apenas do critério normativo, mas político, sociológico, criminológico para adotar sua decisão incriminadora, a fim de que a afetação a determinado interesse seja objeto de uma proibição penal apta a promover o seu desenvolvimento¹⁴⁶.

A proibição de proteção insuficiente nada mais é que a exigência na adoção de medidas tutelares para cumprimento do dever prestacional do Estado no campo dos direitos fundamentais, o qual deve ser feito de modo suficiente para seja oportunizada uma tutela adequada e eficaz, fundada em padrões mínimos capazes de oferecer o regular desenvolvimento e desfrute do bem jurídico fundamental¹⁴⁷.

Estreitamente ligado à omissão estatal, o dever de proteção ao bem jurídico pode restar frustrado não apenas a partir da ausência de sua atuação, mas também quando verificado níveis aquém do mínimo necessário a uma tutela constitucionalmente adequada, em manifesta inobservância ao garantismo positivo, mediante o qual o Estado não poderá se

¹⁴³ Sustentada por Hain, a tese da congruência ou convergência nega a autonomia da proibição de insuficiência, de modo que esta seria apenas um reflexo da proibição de excesso. Isto é, a proibição da proteção deficiente seria incapaz de gerar quaisquer resultados diversos daqueles oriundos da proibição da tutela excessiva, o que conduziria a uma coincidência entre os limites impostos à atuação legislativa. Aquilo que é “maximamente necessário” seria, simultaneamente, o “minimamente necessário”, tendo em vista que a proibição de excesso incluiria os postulados da proibição de proteção deficiente, refutando desta última qualquer condição autônoma. (FELDENS, 2005, p.111, ss)

¹⁴⁴ Partilha-se, nesse sentido, do entendimento advogado por Dietlein, no qual a equação de equivalência entre a proibição de excesso e de insuficiência se mostra indevida. Tal equívoco poderá ser constatado a partir da distinção dos planos normativos que envolvem os institutos, uma vez que a proibição de excesso se dá em relação a um ato legislativo concreto, de caráter interno, ao passo que a proibição de infraproteção é verificada sob o prisma externo ao da lei em concreto, pois o que está em questão é a imprescindibilidade da lei ou de seu aprimoramento para o objetivo traçado pela Constituição, e não a sua adequação aos fins pretendidos pelo legislador ordinário. Em síntese, a proibição de insuficiência está direcionada à omissão indevida do legislador, enquanto que a proibição de excesso à sua atuação concreta ou positiva. (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.57)

¹⁴⁵ (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.59)

¹⁴⁶ (STAECHELIN, 2000, p.301-2)

¹⁴⁷ (FELDENS, 2005, p.108-9)

furtar à aplicação dos mecanismos de tutela, inclusive o direito penal, para assegurar a proteção dos bens fundamentais¹⁴⁸.

Na lição de Ingo Sarlet, a proibição de insuficiência, embora esteja habitualmente representada pela conduta omissiva do Poder Público face ao cumprimento de um imperativo constitucional de tutela, não pode ser reduzida tão somente a esta dimensão, tendo em vista a existência de hipóteses em que é aferida sua configuração, ainda que não seja na perfeita acepção do comportamento omissivo, como a descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal. Com base nestas situações, o autor atenta para a inadequação terminológica da “proibição de omissão”, considerando mais apropriada, em que pese não ideal, a terminologia proposta por Canotilho¹⁴⁹, a chamada “proibição por defeito”.

Deixando de lado possíveis discussões de ordem terminológica, interessa saber acerca da vedação à infraproteção a necessidade em ser estabelecido um grau suficientemente adequado de tutela ao direito fundamental, seja no plano legislativo ou jurisdicional, capaz de permitir a seu titular o seu desenvolvimento em maior escala¹⁵⁰.

O dever de efetivar e cumprir a proteção dos direitos fundamentais não se exaure num único momento, mas transita em igual importância pelas atividades desenvolvidas pelo legislador e julgador. Assim, o legislador estará obrigado por força constitucional a adotar medidas eficazes e suficientes à proteção de um bem jurídico, de modo que o julgador, em fase posterior, avaliará se o ato empregado pelo Estado tem o condão de violar o direito fundamental tutelado, podendo afastar, nesses casos, a incidência legal, ante a inconstitucionalidade que lhe macula, fundada no descumprimento do dever de atuação positivo estatal¹⁵¹.

Dito de outro modo, Baltazar Junior¹⁵² reforça a idéia de vinculação da proibição de insuficiência aos poderes públicos, não restringindo a atribuição desta obrigação apenas ao legislador, senão note-se:

“[...] o dever de proteção não se esgota na publicação da lei, mas abrange a sua aplicação, âmbito no qual o Judiciário e o Executivo têm decisivo espaço para a concretização do dever de proteção. Nessa linha, para Robbers:

¹⁴⁸ (GOMES, 2009, p.1)

¹⁴⁹ (CANOTILHO, 2003, p.99)

¹⁵⁰ (FELDENS, 2005, p.110)

¹⁵¹ (STRECK, 2009, p.101)

¹⁵² (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.64)

‘Ademais, a proteção não é garantida apenas mediante meras normas vigentes. Os regramentos necessários devem ser impostos, e, quando falharem, a administração e os tribunais devem deter, pelo menos, uma competência residual’.”

Tanto a edição de normas quanto a atividade voltada à sua aplicação devem estar focadas num só objetivo, qual seja a salvaguarda dos direitos fundamentais, sem que isto signifique uma redução ao aspecto negativo, senão reflita a ótica positiva, porquanto o Estado encontra-se necessariamente vinculado a dupla face da proporcionalidade ante as garantias constitucionalmente asseguradas.

Com o surgimento deste novo paradigma, no qual os direitos fundamentais deixam de ser apenas direitos subjetivos e passam a figurar como valores objetivos – imperativos de tutela-, o Estado se vê obrigado pela Constituição a proteger de maneira ativa determinados interesses, a partir de uma aplicação horizontal.

Ao revés do que ocorre com a proibição de intervenção excessiva, a função de imperativo de tutela revela uma operacionalização muito mais complexa e difícil, na medida em que pressupõe uma deliberação sobre o “se” e o “como” da proteção. Melhor dizendo, na proibição de excesso a legitimidade da ação estatal será examinada em face de uma medida específica adotada, enquanto que na outra face da proporcionalidade é exigida uma justificação baseada em um arsenal de medidas possíveis à proteção do direito fundamental¹⁵³.

Na concepção de Baltazar Junior¹⁵⁴ a dogmática da proibição de insuficiência ainda não alcançou o mesmo grau de desenvolvimento e precisão da proibição de excesso. Isto se deve, principalmente, ao fato de que na proibição de excesso há um ponto de referência claro e exato para que se proceda ao exame da proporcionalidade, em face de um ato concreto, ao contrário do que ocorre com a proibição de insuficiência, na qual não há um único comportamento possível, que possa desde o início ser submetido à prova, por estar associada especificamente à omissão estatal.

Não obstante as diversas controvérsias que abraçam a problemática da dupla face da proporcionalidade cumpre sublinhar a existência de, pelo menos, um elo comum entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, que é o critério da necessidade ou da exigibilidade da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe o Poder

¹⁵³ (FELDENS, 2008, p.90-1)

¹⁵⁴ (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.73)

Público. Com isso, a concretização da regra da proporcionalidade se dá quando o Estado não age em demasia e, ao mesmo tempo, consegue estabelecer minimamente a proteção devida aos direitos fundamentais, num manejo adequado e equilibrado de suas ações¹⁵⁵.

Embora a dupla face da proporcionalidade funcione como garantia estatal em dois níveis diferentes, de aplicabilidade em momentos diversos, não há que se falar numa relação de exclusão, mas de complementariedade entre suas dimensões. A proteção dos direitos fundamentais não deve ser buscada em bases de conflito, senão de simbiose, capaz de proporcionar uma tutela multifuncional, adequada e completa¹⁵⁶.

A intervenção estatal, por conseguinte, deverá estar balizada em duas linhas: na proibição de excesso, a fim de que seja observada a medida máxima, bem como na proibição de proteção insuficiente, a qual exigirá o respeito à ordem constitucional no emprego de medidas mínimas à promoção dos bens fundamentais. A partir desses pilares se dará o exame da constitucionalidade sobre a medida estatal adotada (ou a ser adotada)¹⁵⁷.

No campo fértil entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, o legislador encontra um espaço de liberdade para a configuração da providência a ser tomada, desde que promova uma situação de equilíbrio entre as determinações constitucionais e a legislação ordinária, a fim de atingir satisfatoriamente a finalidade do sistema de tutela dos direitos fundamentais, longe de excessos e déficits de proteção¹⁵⁸.

Nessa perspectiva, vertentes doutrinárias propensas à instauração de sistemas extremistas, a exemplo da “tolerância zero” e do minimalismo extremado, não se revelam adequadas em face deste Estado Democrático de Direito. Isto porque o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido na sua dupla dimensão, já que ambas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio.

Por esta razão, a sobrevivência do garantismo, enquanto produto do Estado Democrático de Direito se vê atrelada ao devido manejo da noção de proporcionalidade inclusive na esfera jurídico-penal e na capacidade de oferecer respostas aos avanços de

¹⁵⁵ (SARLET, 2004, p.106)

¹⁵⁶ (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p.61)

¹⁵⁷ (FELDENS, 2008, p.93-4)

¹⁵⁸ (FELDENS, 2008, p.95)

um fundamentalismo desagregador, intolerante, por meio da sua conexão aos princípios constitucionais¹⁵⁹.

5. CONCLUSÃO

1. O Direito Penal não excetua o princípio da constitucionalidade. Além da exigência formal, a posição hierarquicamente superior da Constituição impõe ao Direito Penal a observância funcional e axiológica, na medida em que suas disposições somente guardarão validade quando se prestarem à realidade dos fins constitucionais e prestigiarem os valores mais caros, dado certo contexto histórico cultural.

2. Existe, portanto, uma relação de simbiose entre o Direito Penal e a Constituição, na qual restarão definidos os limites da intervenção penal, bem como as bases legitimadoras de sua operacionalização. Surge, enfim, a noção de Constituição Penal, enquanto “conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição [...]”.

3. Sob o manto da prevalência doutrinária pode-se afirmar que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, dentro dos limites fixados pela matriz constitucional. Isto porque, a relação entre o subsistema penal e a Constituição é de natureza visceral, de modo que não se pode conceber o bem jurídico objeto de tutela penal desprovido da sua raiz material, qual seja sua concepção constitucional.

4. Ao bem jurídico, protegido pela norma penal, recairá um processo de avaliação perante o amplo leque de valores preconizados pela Carta Magna, mediante o qual irão ser aferidos aqueles de relevância maior, sem deixar que o Direito Penal dela se divorcie.

5. O que se constata, nos dias de hoje, é o fato da proteção do bem jurídico ter sido utilizada indiscriminadamente como argumento legitimador da expansão do punitivismo, tornando seu discurso um verdadeiro instrumento de manipulação a uma intervenção penal irracional, destituída de fundamentação constitucional e em descompasso com a realidade.

¹⁵⁹ (SARLET, 2004, p.122)

6. Balizas constitucionais se fazem necessárias à formação do novo direito penal, pois concebê-lo sob uma ótica demasiadamente abrangente, acaba por atacar os próprios fundamentos do sistema de garantias de toda a Constituição, uma vez que a tentativa dirigida à proteção máxima de determinado bem, através de medidas exarcebadas, tende a provocar a flexibilização dos direitos individuais, das garantias processuais e dos princípios vetores de todo o ordenamento, convertendo o Estado Democrático de Direito em estado de exceção.

7. Não pairam dúvidas quanto à indispensabilidade na aplicação do princípio da proporcionalidade ao Direito Penal sedimentado nas bases de um Estado Democrático de Direito. Outra razão não há, senão a de que o Direito Penal carrega em seu bojo um conflito entre a liberdade do sujeito e a intervenção estatal, sendo essencialmente um instrumento de vulneração dos Direitos Fundamentais.

8. Nesse contexto, não se pode olvidar que o princípio constitucional da proporcionalidade deve se fazer presente durante todas as fases de desenvolvimento do direito penal, dando-lhe concretude tanto no momento de sua aplicação judicial como também ao longo da produção legislativa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais no século XXI**. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/andrade.pdf>> Acesso em: 02 fev 2012.

ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y El derecho penal de La Constitución: nuevas reflexiones sobre El modelo integrado de las ciencias penales. **Revista de La facultad de derecho de La Universidad de Granada**. Vol. 2. 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 04, nº 15, julho-setembro, p.81-88. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

CANTON FILHO, Fábio. **Bem jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO, Ivan Lira de. O direito penal como instrumento inibidor da violência. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 5. Vol 18. Abr-jun. p.69-75. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. **Introdução ao direito penal**. Salvador: Editora *Jus Podivm*, 2009.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto brasileiro de direito público, nº 9, mar/abr/maio, 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere/asp> Acesso em 05 mar 2012.

BURGALHO, Nelson. Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente. **Revista da Associação brasileira de professores de ciências penais**. Ano 4. Vol 6. Jan-jun. p.286-323. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. Salvador: Editora *Jus Podivm*, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **El derecho penal simbólico y los efectos de La pena**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>> Acesso em: 09/11/2011.

FARIA, Rafael Silva de. Bem jurídico-penal à luz da Constituição Federal de 1988. **Revista da associação brasileira de professores de ciências penais**. Ano 7. Vol. 13. Jul-dez. p.275-331. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal: realidade e perspectivas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. P. 831-855. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

_____. **A Constituição penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal:** garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal:** normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade. Lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. V.5. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

_____. **Princípio da proibição de proteção deficiente.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Publicado em: 16/12/2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luís. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência.** Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal – parte general:** fundamentos y La teoria de La imputación. 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** trad. João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. **Revista liberdades.** Vol. 02. Set – dez, 2009. p.39-55. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=17> Acesso em: 25/10/2011

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** Vol.1. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1964.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A matriz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal. **Revista da associação brasileira de professores de ciências penais.** Ano 2. Vol. 3. Julho-dezembro, p. 159-175. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O princípio da proporcionalidade no direito penal. In: Ricardo Augusto Schmitt (org.). **Princípios penais constitucionais:** Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 191-227.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Hermenêutica penal – algumas questões e princípios para a interpretação. **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA – hermenêutica jurídica e outros temas de direito econômico**. Vol.7, p.43-55, jan-dez. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O direito penal e a intervenção mínima. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 05, nº 17, jan-março, p.147-152. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PRADO, Luis Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral. Arts. 1º a 120º**. vol. 1. 3ª Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: RT, 2002.

RIVACOBBA, Manuel e Rivacoba Y. Introducción AL estudio de los principios cardinales de derecho penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 8, vol. 32, outubro-dezembro, p.39-54. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

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

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 12. Vol. 47. Março-abril. P.60-122. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos**. Disponível em: <www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246972606.PDF> Acesso em: 15/11/2011

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STAECHELIN, Gregor. Es compatible La “prohibición de infraprotección” com una concepción liberal Del derecho penal?. **La insostenible situación Del derecho penal**. Org. Carlos María Romeo Casabona. Granada, Editorial Comares, 2000. P.289-304.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**. V. 97, p.171-202. Porto Alegre, 2005.

_____. Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: STRECK, Lenio Luiz (org). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P.75-110

_____. **O dever de proteção do Estado (*schutzpflicht*)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=89&Itemid=29> Acesso Em: 20/11/2011.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema Del Derecho Penal**: una introducción a La doctrina de La acción finalista. Trad. Crezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.