

DIREITO À SEGURANÇA E LIMITES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Alexey Choi Caruncho¹

Marion Bach²

Introdução

Embora objeto de inúmeras críticas, a existência de um sistema punitivo estatal ainda é uma ideia aceita de forma prevalente. Mesmo aqueles que se manifestam pela abolição da forma de punir não deixam de reconhecer a necessidade da presença de um sistema que esteja voltado à imposição do castigo estatal, embora procurem ressaltar que seu formato deva ser repensado³. Não é coincidência, por isto, verificar que as indagações a respeito de *como castigar* e *quanto castigar* sejam daquelas que há muito correspondam ao objeto central de discussões práticas e ideológicas⁴.

Este trabalho tem o propósito de contribuir no âmbito destas discussões. Mais propriamente, pretende discorrer sobre um tema que envolve ambas as indagações.

¹ O autor é doutorando em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha/Espanha) e mestre em Criminologia e Ciências Forenses pela mesma Instituição e em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR. É especialista em Direito Penal Econômico e Empresarial pela Universidade de Castilla-La Mancha (Toledo/Espanha) e em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Coimbra/Portugal). É Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR); alexey_sp@hotmail.com.

² A autora é doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. É especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). É Advogada Criminal e Professora na graduação e na pós-graduação do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e da UNIFAE; marionbach@gmail.com.

³ Neste sentido, o exemplo da justiça restaurativa bem o demonstra. Por todos, confirmam-se as tradicionais referências de CHRISTIE, Nils (1992 [1977]): «Los conflictos como pertenencia», En Julio B. J. MAIER (ed.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 157-182; BRAITHWAITE, John (2002): *Restorative justice & responsive regulation*, Oxford, Oxford University Press; e JOHNSTONE, Gerry (2011): *Restorative justice: ideas, values, debates*, 2ª. New York, Routledge.

⁴ Dentre incontáveis referências bibliografia nesta seara, uma breve (porém, precisa) exposição destas discussões pode ser vista em HASSEMER, Winfried (2016). *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Valencia, em especial Cap. B.

Num cenário cada vez mais exacerbado daquilo que restou identificado como de vigência de uma *política criminal judicial*⁵, figura de especial relevância enfrentar a questão afeta à uma forma de argumentação judicial que, cotidianamente, vem sendo utilizada por nossos tribunais: o uso desmedido e pouco refletido do princípio da proporcionalidade.

Parte-se, portanto, de dois pressupostos. O primeiro no sentido de que o princípio da proporcionalidade não representa, propriamente, uma novidade no ordenamento jurídico e tampouco nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. O segundo diz respeito à inegável potencialidade expansiva que este princípio vem adquirindo nas últimas décadas.

Com efeito, a concepção da proporcionalidade vem servindo como uma justificativa para toda e qualquer prática estatal de natureza punitiva, ora fazendo-se uso da sua tradicional perspectiva afeta à *proibição do excesso*, ora utilizando-se de um viés que reproduz, em tese, a outra face da medalha, vinculada à *proteção eficiente*, também chamada de *vedação da proteção insuficiente*.

Se, por um lado, deve ser reconhecida a importância da existência desta base principiológica dentro de todo e qualquer sistema, especialmente naqueles relacionados à imputação⁶, por outro, igualmente, deve-se atentar que a

⁵ “[...] ya no se trata de una ‘Kriminalpolitik im kleinen’, porque llega a rediseñar por completo los lineamientos de ciertos institutos, con argumentaciones deducidas de principios supraordenados, o del acumulado y las revisiones de máximas-precedente, es decir, de ‘normas’ (de origen judicial) completamente generalizadas que ya no se ‘adhieren a los casos particulares’, y cuyo ingreso en el círculo hermenéutico es capaz de transformar genéticamente las disposiciones legislativas” (DONINI, Massimo (2015 [2010]): *Poder judicial y ética pública: La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Buenos Aires, B de F, pp. 78-79), sendo representativo em nosso entorno o acórdão do Supremo Tribunal Federal preferida no HC n.º 126.292/SP (j. 17.02.2016), relacionado à antecipação da execução da pena.

⁶ Para uma aproximação a respeito desta perspectiva, cf. AGUADO CORREA, Teresa (2014): “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en Juan Antonio LASCURÁIN SÁNCHEZ y Maximiliano RUSCONI (eds.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 29-92; BUNZEL, Michael (2016): “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, en Roland HEFENDEHL, Andrew VON HIRSCH e Wolfgang WOHLERS (eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid, Marcial Pons, pp. 141-169; e HASSEMER, Winfried (2012): “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”, en Andrew Von HIRSCH, Kurt SEELMANN, Wolfgang WOHLERS, y Ricardo ROBLES PLANAS (eds.), *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, pp. 193-200.

banalização desta mesma base, ao invés de contribuir para o fortalecimento do sistema, inevitavelmente tende a direcionar à sua instabilidade e descrédito.

Assim, se a importância desta temática, só por isto, já estaria justificada, ganha ainda mais relevo quando se verifica que, na realidade nacional, não se enxerga qualquer base argumentativa jurisprudencial que tenha efetivamente procurado delimitar os critérios a partir dos quais deve estar assentado o princípio da proporcionalidade⁷.

Esta ausência traz a imediata percepção de uma aceitação acrítica de um modelo argumentativo que estaria tomando como premissa uma estrutura principiológica já posta, mas que longe está de corresponder à realidade e só estaria agravando ainda mais a problemática trazida⁸.

Assim, observando os limites deste espaço, o presente trabalho, em sua parte inicial, procurará recordar a origem e a finalidade da existência de uma concepção de proporcionalidade relacionada ao exercício do poder estatal. A partir de uma perspectiva descritiva, a pretensão aqui não será outra senão a de expor o contexto para o qual se desenvolve referida construção principiológica (Item 01).

Num segundo momento, procurando adotar uma postura ainda descritiva, mas já com inevitável conteúdo valorativo, buscar-se-á identificar o contexto de surgimento da outra face deste princípio, naquilo que diz respeito à *vedação da proteção insuficiente*, procurando identificar até que ponto tem ela assento constitucional em nosso ordenamento (Item 02).

⁷ Este cenário, comparativamente, tende a ser absolutamente distinto tanto no entorno europeu continental, quanto anglo-saxão que, ainda assim dão margem a inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Uma referência em relação à realidade do Tribunal Constitucional espanhol, cf. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (2007): *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 29 ss. Especificamente sobre o entorno anglo-saxão, cf. CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramón (2014): "Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ y Maximiliano RUSCONI (eds.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 119-150.

⁸ Sobre esta banalização, serve como referência o enfrentamento apresentado por TEIXEIRA, Adriano (2015): *Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, São Paulo, Marcial Pons.

Por fim, como contribuição final, e já devidamente esclarecido o âmbito de incidência da proporcionalidade e os reflexos dele decorrentes, será possível enfrentar a conformidade ou não do uso desta construção principiológica para fins distintos daqueles para os quais teria sido inicialmente concebida (Item 03).

Embora não se desconheça que a temática aqui tratada está essencialmente afeta à filosofia do direito, este trabalho pretende enfrenta-la sob uma perspectiva jurídico-penal. Mais do que uma arbitrária opção dos autores, quer-se crer que a prática jurisprudencial de nossos tribunais - cujo aspecto exemplificativo servirá para dar concretude ao estudo - justifica uma tal eleição, acreditando que, assim, em caráter conclusivo, possa restar claro como vem incidindo esta base principiológica em nosso entorno.

1. A proporcionalidade como critério para maximizar liberdades

Parece possível aceitar que o ponto de origem da confusão que reina a respeito da proporcionalidade tende a relacionar-se, ao menos em parte, com uma exata definição do objeto que lhe serve de referência.

Afinal, não se pode olvidar da inegável tensão que decorre da própria noção de proporcionalidade. Isto porque, a mera referência à ideia gera a indagação do quê há de ser proporcional, no sentido de se aferir a proporcionalidade em relação ao quê. Estaria a proporcionalidade relacionada à gravidade do delito? Ou estaria ela voltada ao grau da culpabilidade do agente? Ou, ainda, seria ela afeta às necessidades intimidatórias dirigidas à coletividade ou mesmo às exigências ressocializadoras daquele que cometeu o delito⁹? Enfim, todas estas são indagações que demonstram a absoluta ausência de conteúdo daquela expressão quando considerada de forma isolada.

⁹ A advertência para o caráter histórico desta tensão já constava em GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (2001): «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», En *Estudios penales*, Madrid, Colex, pp. 309-317.

Daí a importância de definir, no que aqui vai interessar, com *quais critérios deverá ser medida a proporcionalidade das penas*, pois somente através deles é que será possível determinar seu *objeto de referência*.

Basta uma breve perspectiva histórica para reforçar o quanto se afirma. De fato, é comum referir-se que a concepção de proporcionalidade deita suas raízes no pensamento ilustrado. Embora a inicial problematização da proporcionalidade possa remontar, por vezes, à Antiguidade¹⁰, foi efetivamente no período da Ilustração que ela ganhou traços mais firmes, em especial com os clássicos de Montesquieu (*O Espírito das Leis*, 1747) e de Beccaria (*Dos Delitos e das Penas*, 1764).¹¹

Parece decorrer justamente daí o fato de seu desenvolvimento primordial revelar uma preocupação com *o indivíduo em face do Estado*. Afinal, a contribuição essencial da ilustração foi dotar tanto o Direito quanto o Estado de “fundamentos racionais” e “essencialmente individualistas”¹². Ambas características que estão bastante presentes na noção de proporcionalidade.

Com efeito, Montesquieu tratou da proporcionalidade ao defender o equilíbrio na imposição das sanções estatais, asseverando que as violações mais graves deveriam ser mais severamente apenadas. Aduziu, ainda, que qualquer pena *desnecessária* caracterizava um ato de *tiranía*, posto que não encontrava qualquer respaldo na ideia de proporcionalidade. Quanto a Beccaria, basta recordar a menção que costuma ser feita a respeito do período que o precedeu, no sentido de que, especificamente na seara punitiva, existiam então mais de uma centena de condutas para as quais figurava, de forma generalizada, a pena capital como sanção¹³. Consta que precisamente por força desta conjuntura e das ideias contratualistas de formação do Estado¹⁴, é que Beccaria viria a defender a

¹⁰ Neste sentido, por todos, FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, p. 398.

¹¹ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹² PRIETO SANCHÍS, Luis. *La filosofía penal de la Ilustración*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 12.

¹³ MERLE, Jean-Christophe (2017): *German idealism and the concept of punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 1. No mesmo sentido, PRIETO SANCHÍS, L. *La filosofía penal...*, pp. 19-20.

¹⁴ Neste sentido, cf. PRIETO SANCHÍS, L. *La filosofía penal...*, p. 12, ao ressaltar que “el racionalismo desemboca, pues, en el individualismo y, como corolario, en el contractualismo”.

necessidade de penas isonômicas para situações em que indivíduos violassem a ordem social na mesma intensidade. Desenvolveria, ainda, uma concepção de proporcionalidade com linhas próximas ao que hoje conhecemos pela ideia de *necessidade*, ao constatar que os indivíduos, quando da formação do Estado, teriam renunciado apenas à uma mínima parcela *necessária* para que o restante de suas liberdades individuais estivesse efetivamente *garantido*.

A consequência de tal constatação seria de todo evidente. Qualquer atuação estatal que viesse a violar, ao invés de proteger, as liberdades individuais, deveria ser tida como *ilegítima*. Dito de outro modo, todas as penas que ultrapassassem a *necessidade* passariam a ser injustas de nascença.

Resta claro, a partir daí, que a preocupação dos filósofos da Ilustração era, essencialmente, frear um Estado até então absolutista e autoritário, razão pela qual objetivaram construir um pensamento centrado na noção de *limitar o poder de atuação estatal*¹⁵.

Eis a razão da concepção de proporcionalidade, quando lida em sua origem, guardar uma relação íntima com a *proibição de excessos estatais*. Tanto assim, que os demais princípios que nasceram no mesmo berço histórico-social seguem exatamente a mesma ideologia. Neste particular, basta pensar a gênese da ideia de *legalidade* ou mesmo de *culpabilidade*. Ambas são instrumentos aptos a, desde um princípio, *limitar o poder estatal e garantir direitos fundamentais do indivíduo*. Compõem, em síntese, aquilo que alguns viriam a considerar como sendo a expressão de um “garantismo negativo”¹⁶.

Não sem motivo que, na doutrina alemã, a noção de proporcionalidade foi extraída da própria estruturação do Estado de Direito, vinculando-a com a *limitação*

¹⁵ Adverte PRIETO SANCHÍS, L. *La filosofía penal...*, p. 21, nota 36, que uma interpretação parcialmente distinta é vista em FOUCAULT, para quem a filosofia ilustrada, mais do que limitar o poder em favor dos indivíduos, pretendia “racionalizar y economizar su ejercicio para hacerlo más eficaz: ‘no castigar menos, sino castigar mejor ... con más universalidad y necesida”.

¹⁶ STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Dissertação de mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

*dos direitos fundamentais*¹⁷. Daí porque, igualmente, que só uma interpretação que tenha por referência a concepção de liberdade é que poderá referir que a *proibição de excesso* implicaria numa configuração da proporcionalidade como noção voltada à *maximização de liberdades*¹⁸.

De fato, tendo-se como certa esta premissa, parece evidente que a *configuração legislativa* e a *aplicação judicial* ou *administrativa* de qualquer tipo de medidas restritivas das liberdades tenham que estar regradas. Um regramento que, naquilo que diz respeito à sua derivação da proporcionalidade, implicará, inevitavelmente, na exigência de que as medidas restritivas de liberdades observem determinados *critérios indicativos de uma atuação proporcional*¹⁹.

É, precisamente, neste sentido que se exige que estas restrições sejam, num primeiro momento, *adequadas ao fim* buscado, apresentando-se, para tanto, como *aptas* para alcançar aquelas finalidades que as justificam, com o cuidado de serem ainda *conformes* a estes mesmos fins. Esta delimitação, como se percebe, já evidencia a impossibilidade de aceitar-se que uma pena, por exemplo, possa estar justificada exclusivamente sobre bases retributivas²⁰.

Já, num segundo momento, será ainda imprescindível que a medida restritiva de liberdade que se pretenda adotar seja, de fato, *necessária*. Este elemento haverá de ser aferido a partir de uma busca por medidas restritivas que impliquem na *menor ingerência possível*, numa clara alusão à noção da *mínima intervenção* restritiva. Lido sob a perspectiva da pena estatal, este critério permite a interpretação de que tanto o *recurso estatal à pena*, quanto sua *gravidade*, devam encontrar uma justificação suficiente na necessidade de tutela, não se admitindo que exista a

¹⁷ Por todos, cf. ALEXY, Robert (2007 [1986]): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

¹⁸ Neste sentido, a advertência de COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1999): *Derecho penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 82.

¹⁹ Neste sentido, cf. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1999): *Derecho penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 84 ss.

²⁰ A advertência é de COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1999): *Derecho penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 85.

possibilidade de obter-se a finalidade pretendida por meios que expressem uma gravidade menor do que a daqueles finalmente utilizados²¹.

Até aqui, já se evidencia que o uso do castigo estatal para fins de proteção penal de um dado bem jurídico só será tido como *adequado*, se o interesse em questão mostrar-se *digno de proteção, suscetível de proteção e necessitado de proteção*. Extrai-se daí que a pena, para respeitar a noção de proporcionalidade, só será utilizada naqueles ataques mais graves e intoleráveis a um dado interesse, sob pena de ser tida por desarrazoada.

Há, entretanto, um terceiro e último critério aferidor da proporcionalidade. E, neste último momento, será fundamental aferir se a medida restritiva da liberdade que se pretenda adotar apresenta-se como *proporcional, num sentido estrito* desta expressão. Esta exigência dependerá, inevitavelmente, de um *juízo de ponderação* que, no âmbito sancionatório, será realizado entre a *carga coativa da pena* e o *fim perseguido pela cominação penal*. Parece evidente - diante da *função de tutela da ordem jurídica* que corresponde à pena - que a proporcionalidade assim entendida deverá ser considerada a partir da *gravidade do delito cometido*²², tendo em conta para tanto o *conteúdo do injusto, o mal causado e a maior ou menor reprovabilidade do autor*²³.

Toda esta construção, como se vê, deixa evidente a presença de um rastro na noção de proporcionalidade que a vincula, imediatamente, a um propósito de *aferição da culpabilidade*. Algo, como referido, bastante próprio da conjuntura responsável pela deflagração daquela concepção.

Não se ignora que, em sua gênese, a limitação que se pretendia com a ideia de proporcionalidade era ainda mais ampla. Afinal, mais do que recair exclusivamente

²¹ A advertência é de COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1999): *Derecho penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 85.

²² Neste sentido, cf. a advertência de COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1999): *Derecho penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 89, para quem uma pena proporcional à *gravidade do delito*, sob a perspectiva abstrata, será também adequada à finalidade de tutela.

²³ Neste sentido, cf. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1999): *Derecho penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 88-89.

no *exercício do poder punitivo*, tratava-se de *limitar ao poder de polícia*, vinculando-se a todo tipo de medida restritiva dos direitos e liberdades²⁴. Seja como for, porém, mesmo uma tal concepção não parece deixar dúvida de que a ideia de proporcionalidade estava, originariamente, relacionada àquele propósito de poder servir como uma *matriz orientadora do direito punitivo*.

Pois bem, a análise de todo este histórico sugere indagar até que ponto desta construção *limitadora e orientadora do poder estatal* poderá ser extraída uma concepção voltada ao *fomento do poder punitivo estatal*. Ademais, em sendo ela aceita, passará a importar se esta mesma concepção autoriza uma interpretação baseada naqueles mesmos critérios de proporcionalidade que, na sua origem, nada mais buscavam do que uma mais precisa *aferição da culpabilidade*.

2. A opção estatal pela segurança como mudança de paradigma

É inegável que a questão afeta ao *fomento do poder punitivo estatal* encontra-se eminentemente vinculado à pretensão por um *incremento de segurança*. Todo debate atual sobre o *valor da segurança*, porém, leva necessariamente ao seu confronto com o *valor da liberdade* que, finalmente, tende a estar relacionado à uma concepção de *prevenção*.

A *segurança*, por isto, é um tema que está estreitamente vinculada à *prevenção*, sendo que os instrumentos preventivos estatais utilizados nada mais são do que uma decorrência natural deste ideal²⁵.

Com efeito, no âmbito que aqui interessa, convém notar que os incrementos de delitos e de penas e mesmo, sob a perspectiva processual penal, a ampliação no uso de instrumentos investigatórios cada vez mais sub-reptícios derivam de uma evidente proposta de *redução dos limites da intervenção*, estreitando os espaços de

²⁴ Neste sentido, a advertência de COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1999): *Derecho penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 81, ressaltando que somente num segundo momento é que esta 'limitação' viria a se converter num princípio geral de direito público.

²⁵ Neste sentido e em boa parte do que segue, cf. HASSEMER, Winfried (2016). *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena*, Valencia, pp. 66 ss.

liberdade, com o incremento das formas de controles e a utilização de sanções cada vez mais intensas.

O fomento com isto é, na verdade, pela *necessidade de uma prevenção eficaz*, que não mais se contente com a moderação e a justiça das sanções, mas com “a perspectiva de tornar mais segura nossa vida com a ajuda do Direito penal, controlando de forma fiável os riscos perante os ataques criminais”²⁶.

Num tal cenário, deixa o Estado de ser o ente ameaçador de outrora, cujo poder deveria ser contido, tornando-se naquele que nos protege, ou seja, “en nuestro compañero en la lucha contra el delito y otros peligros”²⁷.

É este cenário de prevenção, portanto, que gera toda de reconhecimento de um *direito fundamental à segurança*.

Diferentemente, porém, de todos os demais direitos fundamentais – gestados numa perspectiva de proteger o indivíduo justamente *do Estado* – este direito à segurança parte de uma lógica absolutamente oposta.

Afinal, ao basear-se na perspectiva de que sem *segurança* não há como existir *liberdade*, abre-se espaço para intervenções cada vez mais amplas em relação a esta última, com proibições, controles e sanções de toda ordem. A segurança supõe assim um alto custo para a liberdade, até por ser ela “estruturalmente insaciável”²⁸.

Dentro deste cenário de prevenção, de uma condição de parceria firmada com o Estado em prol da segurança, assistiu-se como natural que toda aquela histórica estruturação originária da ideia de proporcionalidade – como elemento de contenção ao poder estatal – assumisse uma nova perspectiva.

²⁶ Como ressaltava HASSEMER, Winfried (2016). *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena*, Valencia, p. 67, “se debilitan los sistemas protectores de los datos personales y el derecho a la intimidad, el respeto a los secretos de los demás y a los propios, y los obstáculos a su investigación”.

²⁷ HASSEMER, Winfried (2016). *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Valencia, p. 67.

²⁸ Conforme HASSEMER, Winfried (2016). *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Valencia, p. 68, “siempre cabe un poco más de seguridad en el saco ya repleto de

E, nesta nova perspectiva, o que passou a existir foi uma concepção de proporcionalidade absolutamente distinta que, não por outra razão, viria a receber um tratamento distinto. É que, visto desde esta nova perspectiva, o tratamento da proporcionalidade não teria mais por norte a “proibição de excessos”, mas uma “proibição de infra proteção”.

Inevitavelmente, torna-se relevante saber *se e sob quais condições* a proteção penal dos direitos fundamentais deixa de pertencer ao âmbito do *constitucionalmente devido* para ingressar no *constitucionalmente necessário*²⁹.

Este discurso, contudo, longe está de ser novo e vincula-se, inevitavelmente, à concepção de direitos sociais, num reconhecimento de uma liberdade não mais vista apenas sob a perspectiva negativa, senão também por sua perspectiva positiva³⁰.

Daí a importância de reconhecer-se que toda a estrutura argumentativa da proporcionalidade que, historicamente, vinha (e persiste) sendo utilizada para a noção da *proibição do excesso* deva, no mínimo, passar a ter em conta distintas premissas que darão legitimidade à vertente da *vedação da deficiente proteção*.

2.1 O canhão de luz se volta à proibição de insuficiência

É importante verificar, de partida, que existe um momento em que também a *proibição de insuficiência* ganha referência expressa. De fato, quando o Estado de Direito enfraquece e, junto com ele, enfraquece a observância dos direitos

controles y sanciones, y quizás sea ese trozo que aún nos queda para asegurar lo que pueda salvarnos en el futuro”.

²⁹ Ressaltando a relevância desta diferenciação, cf. LOPERA MESA, Gloria Patricia (2006): *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 22.

³⁰ Neste sentido, por todos, BERLIN, Isaiah (2001 [1969]): *Dos conceptos de libertad*, Madrid, Alianza Editorial.

fundamentais começa a existir um cenário propício à recepção do discurso *insuficiente proteção*³¹.

Não obstante metodologicamente não seja possível tratar de forma detalhada dos elementos responsáveis por todo o enfraquecimento estatal referido, há que se registrar aqui, ao menos, o fenômeno da globalização e os crescentes níveis de exclusão social, com consequências imediatas na transformação da própria criminalidade e das formas de violência vivenciadas.

Com efeito, no que refere ao incremento no nível de criminalidade e de violência em razão da exclusão social, Alessandro Baratta há muito alertava que ao deixar o Estado (constantemente) de assegurar os direitos fundamentais, econômicos e sociais de grupos marginalizados, teria acabado alçando tais grupos à condição de potencial violador de direitos fundamentais, econômicos e sociais das parcelas sociais mais favorecidas.³²

No entanto, nesta nova conjuntura, não apenas os particulares se transformaram em potenciais violadores de direitos fundamentais. É que, diante do fenômeno da globalização, há que se reconhecer que o Estado e o indivíduo deixaram de estar inseridos no mesmo contexto social que permeava o período ilustrado.

Afinal, se naquela época o cenário colocava o Estado de um lado e o indivíduo do outro - o que justificava que o acréscimo de poder de um correspondia ao decréscimo do poder do outro -, hoje, o que se vê são grandes corporações invadindo o cenário e formando uma espécie de relação *triangular*, composta agora pelo indivíduo, pelo Estado e pela corporação.

Nesse ponto, basta uma nota ilustrativa para que se entenda ao quanto aqui se refere. Em pesquisa realizada em 2002 pela Conferência da Organização das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento, revelou-se que das cem maiores

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência". In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47. São Paulo: 2004.

³² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Trad. De Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

economias mundiais, vinte e nove não seriam de países, mas de empresas multinacionais. Já então constava que a General Motors, por exemplo, superava a economia do Peru, enquanto a Ford vinha superando a da Nigéria.³³

Concretizemos em um exemplo e pensemos em uma empresa farmacêutica. É do interesse do indivíduo que o Estado imponha regras e controle à produção e à distribuição de remédios? Parece evidente que sim, pois na ausência de regras e de controle, a tendência é que a empresa farmacêutica, ávida por lucro, manipule remédios com menor custo e menor qualidade; ponha em circulação medicamentos não testados; não se comprometa a retirar do mercado os medicamentos que, com a nova ciência, passem a ser considerados impróprios, etc.

Daí porque, se por um lado, deve ser aceito como correto que existem situações em que o indivíduo, para ver assegurados os seus direitos fundamentais, precise ver limitado o poder de atuação do Estado (exatamente nos mesmos termos em que ocorria no período iluminista), por outro, passam a ser reconhecidas algumas situações em que o indivíduo, no mesmo intuito de ver garantidos seus direitos fundamentais, pugnará justamente pelo oposto. Ou seja, que o Estado atue regulamentando e controlando certas atividades realizadas pelas grandes corporações.

Num tal cenário, o Estado deixa de ser considerado unicamente *inimigo* dos direitos fundamentais e passa a ser considerado, em certa medida, um Estado *amigo*. Em outras palavras: o Estado continua proibido de lesar bens individuais dos cidadãos (*dever de não-lesão*), mas passa também a ser chamado a proteger tais valores (*dever de proteção*), admitindo-se o que se intitularia como “garantismo positivo”.

E este dever de actuação, não é um dever que se cumpra apenas através da organização do poder, da criação de serviços, de oferecimento de condições de exercício de liberdades, da concretização de políticas de melhoramento do ensino, do ambiente ou da saúde (embora passe por tudo isto), mas é um dever que implica também a protecção dos bens e valores constitucionais face

³³ Disponível para consulta em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,empresas-ocupam-29-lugares-na-lista-das-100-maiores-economias,20020812p35633>.

a ataques de entidades privadas e pessoas singulares. Tal dever de protecção face a agressões impõe-se ao legislador para que este crie sistemas preventivos e sancionatórios (na medida em que a sanção seja necessária para a prevenção) dessas agressões.³⁴

Assim, diante de um novo cenário social, econômico e político, em que há maior índice de criminalidade advinda da exclusão social, de um lado, e corporações ávidas por lucro munidas com poder tão amplo quanto figuras estatais, de outro, os canhões de luz da proporcionalidade, antes direcionados exclusivamente à *proibição de excesso*, se (re)direcionam à *proibição de insuficiência*. E isto, precisamente, em prol do intitulado direito fundamental à segurança.

Afinal, enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas, a própria noção de cidadania como *direito a ter direitos* passa a estar sob grave ameaça³⁵.

Além desta perspectiva sociológica, também sob o aspecto filosófico assiste-se a um abandono do *pensamento cartesiano*, então marcado pelo individualismo exacerbado, sendo superado pela *filosofia da linguagem* em prol da promoção de alteridade. Desse giro filosófico, surgem os direitos fundamentais de segunda e terceira geração, que não mais possuem caráter somente individual, mas assumem natureza transindividual. Assim, o Estado é chamado não apenas para tutelar direitos fundamentais, na concepção clássica e individual, mas para atuar na defesa de direitos transindividuais³⁶, figurando a *segurança* como um deles, senão o principal.

Nesse ponto, porém, importa notar que o Estado não deixa de ter limitado o seu poder em face do indivíduo ao ser chamado para assumir deveres de prestação. Pelo contrário. Há que se compreender tal chamamento como uma *nova forma de*

³⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 287.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47. São Paulo: 2004.

³⁶ GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene de. Modelos de estado e emergência do princípio constitucional da vedação deficiente em matéria penal e extrapenal. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016.

tutela dos direitos fundamentais. Leia-se: diante do novo cenário social, político, econômico e filosófico, passa a estar reconhecido que somente será possível garantir efetivamente os direitos fundamentais se o Estado obedecer não apenas a um garantismo negativo, mas também a um garantismo positivo.

Fácil notar, então, que o garantismo negativo, traduzido na *proibição de excesso*, não sai de cena e não tem sua importância reduzida. O garantismo positivo, entretanto, traduzido na *proibição de insuficiência*, embora já pudesse ser extraído desde um momento pretérito, na conjuntura deflagrada a partir do avanço do século XX, passou a ter claramente sua importância alargada.

2.2 O Direito penal e a dupla faceta do princípio da proporcionalidade

Esta dupla face do princípio da proporcionalidade não decorre, portanto, apenas de (re)interpretações históricas do princípio, nem tampouco da (re)análise do contexto social, político, econômico e filosófico. Pelo contrário. Como produto inevitável de toda uma conjuntura social, também nas regras constitucionais e infraconstitucionais (expressas e implícitas) vão ser verificados traços evidentes da dupla faceta da proporcionalidade.

De fato, basta uma superficial análise da Constituição da República brasileira para que seja verificado estar ela dotada de expressões típicas do *garantismo negativo*. É o que se assiste na previsão do princípio da legalidade (CR, art. 5º, XXXIX)³⁷ e o conseqüente princípio da irretroatividade da lei penal maligna (CR, art. 5º, XL)³⁸. O referido texto, porém, também está dotado de dispositivos típicos do *garantismo positivo*, tal qual se verifica na previsão do art. 5º, XLI³⁹, do art. 5º, XLII⁴⁰, do art. 5º, XLIII⁴¹, do art. 5º, XLIV⁴², do art. 7º, X⁴³ e, finalmente, do art. 227, § 4º⁴⁴.

³⁷ Art. 5º. XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³⁸ Art. 5º. XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

³⁹ Art. 5º. XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais.

⁴⁰ Art. 5º. XLII - que determina a inafiançabilidade e a imprescritibilidade do racismo.

⁴¹ Art. 5º. XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Assim, se é possível afirmar que as previsões constitucionais típicas do *garantismo negativo* “erguem um muro de contenção ao poder punitivo”⁴⁵, aquelas que são próprias do *garantismo positivo* impõem que o Estado, dentro do espaço delimitado por tal muro, atue efetivamente para garantir direitos fundamentais do cidadão.

Tanto assim que, interpretando precisamente estas previsões, Luciano Feldens apresenta *quatro conclusões* que bem expressam o quanto aqui se refere⁴⁶. Inicialmente, reporta este autor à própria vinculação pela *existência de um sistema penal*, inferindo uma efetiva vedação constitucional de qualquer espécie de abolicionismo penal. Afinal, se a Constituição reconhece e impõe um sistema mínimo de proteção penal para tais casos, não se pode simplesmente renunciar a ele como se normativamente não existisse.

Uma *segunda* conclusão que ainda é referida pelo mesmo autor, diz com o catálogo de crimes que compõe esse sistema de proteção penal, no sentido de que todo e qualquer sistema deva obrigatoriamente trazer, *ao menos*, algumas condutas cuja criminalização encontra-se *expressamente* requerida pela Constituição.

Como *terceira* conclusão, reporta-se, igualmente, que esse sistema de proteção não estará completo *apenas* com as criminalizações *expressamente* previstas, senão também com aquelas que delas decorram. A Constituição, para utilizar de um exemplo, expressamente exige a criminalização da retenção dolosa do salário do trabalhador, mas não exige expressamente a criminalização do homicídio doloso. A limitação implícita daí decorrente, no entanto, parece de todo evidente. Afinal, não

⁴² Art. 5º. XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

⁴³ Art. 7º. X – São direitos dos trabalhadores (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

⁴⁴ Art. 227, §4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

⁴⁵ GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene de (2016): “Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção eficiente em matéria penal e extrapenal”, em Eduardo CAMBI y Fábio André GUARAGNI (eds.), *Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente*, São Paulo, Almedina, pp. 151-171.

⁴⁶ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117.

faria sentido um dado sistema estar obrigado a proteger o direito ao salário, mas desobrigado da proteção à própria vida do assalariado.

Por fim, uma *quarta* e última conclusão refere que a *proibição de proteção insuficiente* impedirá que o legislador penal renuncie, livre e arbitrariamente, ao emprego do Direito penal quando diante de um bem jurídico de inquestionável magnitude, superior, inclusive, àqueles cuja proteção penal seja constitucionalmente exigida.

Não por outra razão, Lenio Luiz Streck há muito alerta que, diante de uma leitura ampla e aprofundada da Constituição, a inconstitucionalidade legislativa poderá sim advir de atuações estatais *excessivas*, mas também de atuações que se evidenciem como *insuficientes* para a proteção de certos direitos fundamentais⁴⁷.

Assim, o garantismo positivo, constitucionalmente respaldado, se justifica com ainda maior força. Especialmente ao considerar-se que o Estado possui o monopólio da força, proibindo o exercício da autodefesa pelo indivíduo. Afinal, se o indivíduo tem direito (fundamental) à vida, à liberdade, à honra, etc., e está legalmente proibido de agir por conta própria caso tenha tais direitos violados, parece inevitável que também passará a ter um direito (fundamental) de ver o Estado, detentor exclusivo do poder punitivo, atuar em sua defesa quando necessário.

Não sem motivo há regras infraconstitucionais que tratam precisamente do tema. Mais especificamente, reporta-se aqui ao quanto referido pelo artigo 345 do Código Penal brasileiro⁴⁸, que prevê a figura típica do arbitrário exercício das próprias razões, satisfazendo uma pretensão que, *embora legítima*, haveria de sê-lo por outras vias.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*ubermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In *Revista da AJURIS*, vol. 32. Porto Alegre: 2005.

⁴⁸ Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

Em síntese, é possível afirmar que o princípio da proporcionalidade, em sua dupla face, garante o indivíduo de duas maneiras distintas: com a *proibição de excesso*, garante a pessoa *frente ao Estado*; e com a *proibição de insuficiência*, garantindo-a *através do Estado*.

Não se desconhece que parte da doutrina questione por qual razão tal garantia teria que advir, especificamente, do Direito penal. O principal argumento, neste sentido, estaria em compreender que o Direito penal, diferentemente de outros ramos, *nada poderia promover*. Em outras palavras: afirma-se que o Direito penal, que só atua de modo legítimo quando já houve dano ou perigo de dano ao bem jurídico, não conseguiria jamais reestabelecer a situação *a quo*. Entende-se, em suma, que não haveria como referir a uma *proibição de insuficiência*, porque o Direito penal *nunca seria suficiente* para promover ou garantir direitos fundamentais, posto que atua apenas quando aqueles já foram atingidos.

Quer-nos parecer, de toda forma, que quatro são os pontos essenciais aqui a serem considerados a título de contra-argumentos.

Num primeiro momento, há de considerar que é a própria Constituição quem determina que (também) através do Direito penal estará o indivíduo *garantido*. Neste sentido, basta ver o quanto trazido pelas determinações previstas no artigo 5º, ao tratar expressamente de *crimes*, *inafiançabilidades* e *hediondez*. Tais expressões referem-se única e exclusivamente ao Direito penal.

Daí concluir-se, inclusive, pela inconstitucionalidade da previsão que pretenda uma completa renúncia ao Direito penal nesta matéria, já que integra o instrumental de controle e punição do Estado. Sendo notório que alguns bens jurídicos, em razão da sua magnitude, necessariamente devam ser tutelados pelo Direito penal, da mesma maneira, algumas ofensas, em razão do seu grau, necessariamente deverão ser punidas através do Direito penal.

Se assim é, não basta, vale registrar, haver mera criminalização da conduta, sem o estabelecimento de uma punição mínima⁴⁹. Isso porque a *proibição de insuficiência* está relacionada com ambas as questões, ou seja, a escolha acerca da *necessidade de criminalizar* uma dada conduta e o *modo e intensidade da punição* a ela atrelada.

Assim, se a Constituição impõe que o crime de racismo, por exemplo, deva ser considerado de natureza imprescritível e inafiançável, não bastará que o legislador criminalize o racismo e imponha tão somente uma pena máxima. Nesse caso, o julgador estaria atuando dentro da legalidade ao impor uma pena de *um dia* a quem praticou ato de racismo, o que não parece, em absoluto, atender ao comando constitucional que exige uma *efetiva proteção*. Haveria, nesse caso, evidente violação à proibição de insuficiência em seu sentido material.

Um segundo argumento a ser considerado retoma a perspectiva da *segurança* como direito fundamental. Neste sentido, é possível admitir-se que o Direito penal *promove segurança*, justamente quando pune dentro dos parâmetros previstos constitucional e legalmente. Recorde-se, aqui, a própria noção contratualista de formação de Estado já referida, no sentido de que o indivíduo tão somente renunciou à parte de suas liberdades por ter expectativa de que a parcela restante estaria devidamente *assegurada*. A atuação estatal, portanto, apenas será legítima se vier a *assegurar* – ou seja, promover, garantir, afiançar, proporcionar, propiciar segurança, *tornando seguros* – os direitos fundamentais.

Um terceiro argumento existente, ainda, diz respeito à identificação de que a consideração da proporcionalidade tão somente como *proibição de excesso* não representaria um argumento *garantista*, mas efetivamente *abolicionista*. Com efeito, se não existisse espaço para referir-se à *proibição de insuficiência*, porque o *Direito penal nada promoveria*, haveria que se indagar sobre qual seria o fundamento para a existência do próprio Direito penal? Afinal, se nunca houvesse um patamar

⁴⁹ Luigi Ferrajoli, por exemplo, entende desnecessário fixar uma pena mínima em abstrato e defende ser suficiente a fixação exclusiva de pena máxima. Para o autor, seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz o estabelecimento da sanção, não havendo razão de lhe impor uma limitação (mínima). FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 368.

suficiente de atuação (uma vez que os direitos fundamentais já teriam sido violados), sob qual fundamento legitimar-se-ia *qualquer* atuação do Direito penal?

Por fim, há igualmente um quarto argumento. Indaga-se, agora, qual seria o sentido do Estado ter a obrigação de *promover direitos fundamentais* (algo inquestionável), se, de outro lado, não constasse uma obrigação que, minimamente, pudesse exigir sua proteção. Ou seja, haveria sentido o Estado ter a obrigação de promover saúde, por exemplo, e não ter a obrigação de reagir de modo *suficiente* (através de um mínimo razoável de punição) caso haja um homicídio doloso?

Diante de tais argumentos e problematizações, parece forçoso admitir-se que o princípio da proporcionalidade, também no Direito penal, deve estar constituído de *proibição de excesso* e da *vedação de insuficiência*. O que sim restaria a investigar, certamente num contexto de muito maior densidade, diz respeito aos critérios que haverão de ser considerados para fins de balizar a aplicação da noção de proporcionalidade sob esta última vertente. E isto, especialmente, ao se considerar que, ao invés de buscar a *contenção do poder estatal*, a perspectiva da *proibição da insuficiência* tem por premissa, como já referido, justamente o *fomento do poder estatal*.

2.3. Os destinatários do princípio da proporcionalidade

Não se desconhece a complexidade que envolve o estudo do tema afeto aos *critérios de aplicação da proporcionalidade*, mesmo que exclusivamente sob a vertente da *proibição de excesso*⁵⁰. Igual, senão maior complexidade, diz respeito à perspectiva da *vedação da proteção insuficiente*.

De toda forma, muito embora não se permita aqui um tal grau de aprofundamento, parece necessário ao menos reportar a questão afeta aos

⁵⁰ Quanto a isto, neste espaço, não se pode pretender mais do que tão somente mencionar que o tema longe está de ser solucionado pela mera análise do marco referencial traçado por ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales...*, como se significasse um critério livre de quaisquer críticas e enfrentamentos. Para uma brevíssima apresentação desta questão, cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007): “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Colóquio Jurídico Europeo, pp. 249-332.

destinatários do princípio da proporcionalidade, especialmente quando se considera tratar-se de tema que ultrapassa os limites da investigação afeta à teoria dos direitos fundamentais e ingressa, claramente, nos limites de atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Com efeito, especificamente no âmbito do Direito penal, o princípio da proporcionalidade deve ser observado em *três distintos momentos*. Preliminarmente, o destinatário do princípio da proporcionalidade é o Poder Legislativo. Quando da criminalização – ou não – da conduta, deve o legislador sopesar meios e fins, no intuito de observar a proibição do excesso e da insuficiência. Decidindo, após observar o princípio da intervenção mínima, da ofensividade e da culpabilidade, que deve a conduta ser criminalizada, o legislador observará, novamente, o princípio da proporcionalidade para estabelecer os marcos mínimo e máximo das penas em abstrato.

Passa-se, então, ao segundo momento de observação do princípio, feita, dessa vez, pelo Poder Judiciário. O magistrado deve observar os limites impostos previamente pelo legislador, a proibição de excesso e a proteção de insuficiência quando da fixação da pena em concreto. Ademais, a mesma atividade haverá de ser realizada quando do estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, quando da análise da possibilidade ou impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito e quando da análise do cabimento do *sursis*.

Uma vez mais, deve-se observar que o princípio da proporcionalidade não é o único a ser observado pelo julgador. Também ele deve verificar, naturalmente, se a conduta perpetrada no caso concreto não viola o princípio da legalidade, da intervenção mínima, da ofensividade e da culpabilidade. Sendo efetivamente o caso de punir o agente, passa-se a observar os critérios advindos da proporcionalidade.

Veja-se, inclusive, que a proibição de excesso e de insuficiência estão previstas, em certa medida, no artigo 59 do Código Penal brasileiro, ao estabelecer que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do

agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja *necessário* e *suficiente* para reprovação e prevenção do crime”.

Mais que meras expressões vazias, é possível compreender que, ao haver estabelecido que a pena será *necessária*, desejou o legislador referir-se à *proibição de excesso*. Por outro lado, ao referir-se à uma pena *suficiente*, vinculou-se à exigência da observância da *proibição de insuficiência*.

Outros exemplos podem ser trazidos da legislação ordinária. Basta ver o quanto previsto no artigo 44 do Código Penal, que estabelece os requisitos para que a pena privativa de liberdade possa ser substituída por pena restritiva de direito. Mais uma vez, o legislador registrou, no terceiro inciso, que o julgador deverá analisar a *suficiência* da substituição⁵¹.

A menção aos referidos artigos intenta demonstrar como o legislador direciona o segundo momento de observância do princípio da proporcionalidade pelo julgador, incitando-o a atentar tanto à *proibição de excesso*, quanto à *proibição de insuficiência*.

Assim é que a questão envolvendo a *proibição de excesso* e a *vedação de insuficiência* não se coloca apenas no plano da teoria dos direitos fundamentais, mas se estende para a relação institucional entre o Legislativo e o Judiciário. Na Alemanha – sistema jurídico do qual nos aproximamos, nesse ponto – a Corte Constitucional pode declarar uma lei nula não apenas quando o legislador *tenha ido longe demais* na limitação de um direito fundamental, mas também quando *tenha feito muito pouco* no sentido de protegê-lo contra ofensas provocadas por agentes

⁵¹ Especificamente sobre a *suficiência* da pena restritiva de direito já tivemos oportunidade de traçar breves considerações em CARUNCHO, Alexey Choi; BACH, Marion (2016): “A suficiência como baliza à substituição das penas privativas de liberdade”, em Paulo César BUSATO, Priscilla Placha SÁ e Gustavo Britta SCANDELARI (eds.), *Perspectivas das ciências criminais: Coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*, Rio de Janeiro, GZ Editora, pp. 561-592.

privados. Já a Suprema Corte norte-americana – que guarda relação distinta entre Legislativo e Judiciário – se recusa a fazê-lo.⁵²

As justificativas de tal distinção são muito bem explicadas por Dieter Grimm. A um, enquanto a Revolução Francesa visava precipuamente à criação de uma nova ordem social e legal (e que a derrocada dos governos monárquicos não seria suficiente para tanto), a Revolução Americana objetivava especialmente a independência em relação à Inglaterra e o autogoverno.

Portanto, enquanto na Europa a revolução política foi um meio para alcançar a reforma social – o que guarda íntima ligação com a *vedação de insuficiência* na proteção dos direitos -, nos Estados Unidos a revolução política foi um fim em si mesma. E, para romper com a pátria-mãe e estabelecer seu próprio sistema político, os americanos colocaram os direitos (naturais) acima do governo e do legislador: a função dos direitos fundamentais era tornar mais segura a liberdade já existente. Para cumprir tal função, a *vedação de excesso* se revela suficiente⁵³.

Por fim, o terceiro momento de observância do referido princípio é realizado quando da *execução da pena*. Afinal, é no objetivo de individualizar e tornar proporcional a execução da sanção que a legislação prevê, no Código Penal brasileiro e na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), institutos como o da progressão e da regressão de regime, do indulto, da remição pelo trabalho e pelo estudo, do livramento condicional.

De toda forma, embora tenha restado assentado que o princípio da proporcionalidade deva ser observado por todos os atores do sistema criminal, nos resta identificar até que ponto nossos Tribunais Superiores vêm observando-o de modo distinto e dentro de limitações, especialmente quando confrontados com a

⁵² GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 150.

⁵³ GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 152.

imprescindibilidade de buscar critérios que autorize uma legítima utilização da referida base principiológica.

Antecipa-se que, a partir da referida análise, será possível aferir que o uso da proporcionalidade em nosso entorno longe está de apresentar o refinamento que o tema efetivamente exigiria. Apesar desta fragilidade, porém, este breve e ilustrativo apontamento servirá para demonstrar como nossos Tribunais vêm reconhecendo ambas as vertentes até aqui consideradas.

3. A compreensão do princípio da proporcionalidade pelos Tribunais Superiores no Brasil

A pretensão aqui não será outra senão a de buscar analisar o *segundo momento* de observação do princípio da proporcionalidade, ou seja, aquele realizado pelo Poder Judiciário. Tal análise será construída usando como baliza duas decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Em uma delas, lançou-se mão da *proibição de excesso* para justificar a sua decisão na esfera *penal*; na outra, na esfera *processual penal*.

Parte-se, assim, da análise da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 15 de abril de 2015, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade referida pelo HC 239.363/PR, a respeito da (im)possibilidade do Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade no que refere à atividade legislativa, considerando, precisamente, o princípio da proporcionalidade.

O que se aferia era a proporcionalidade da pena abstratamente prevista para o crime tipificado no artigo 273, par. 1º-B, V, do Código Penal. Tal artigo estabelece uma pena de 10 a 15 anos, e multa, a quem tenha em depósito para a venda produto (que pode ser medicamento, matérias-primas, insumos farmacêuticos, ou mesmo cosméticos) de procedência ignorada.

No caso concreto, o agente foi condenado a uma pena de 11 anos, com fixação do regime inicial fechado, por ter sido encontrado “em depósito, para a venda”, nove

frascos de *estanozolol* e vinte e cinco comprimidos de *oximetolona*, de procedência ignorada, que usualmente são utilizados como *anabolizantes*. A defesa arguiu a respeito da inconstitucionalidade da pena abstratamente prevista, por violação ao princípio da proporcionalidade, em especial pela perspectiva da *proibição de excesso*.

Não obstante a Procuradoria de Justiça tenha se manifestado pelo acolhimento do pleito defensivo, o Tribunal de Justiça do Paraná não reconheceu a inconstitucionalidade, respaldando tal decisão em precedente do Supremo Tribunal Federal (RE 358.315/MG, julgado em 12.8.2003), que reconheceu não poder o julgador alterar os marcos definidos pela pena em abstrato, sob pena de estar legislando e violar o princípio da separação dos poderes. Ainda, agora com respaldo em decisão proveniente do Superior Tribunal de Justiça, em 10.9.2010 (Incidente de Inconstitucionalidade nº 582.853-3/01), registrou que eventual declaração de inconstitucionalidade deveria ser vista com cautela redobrada quando baseada em princípio *implícito* na Constituição, como seria o caso do princípio da proporcionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, porém, reverteu a decisão prolatada pelo Tribunal paranaense. O Min. Relator Sebastião Reis Junior mencionou entendimento do Min. Gilmar Mendes para demonstrar que é viável, sim, a fiscalização judicial quanto à atividade legislativa, no intuito de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e se utilizou de sua margem de ação de forma *adequada* para a proteção dos bens jurídicos fundamentais. Trouxe, então, à tona o precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.410/RS, julgado em 27.3.2012), em que consta que:

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (*Untermassverbot*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. [...]

Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual, e que, portanto, o Direito Penal e o Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotados de menor potencial ofensivo.

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.

O Min. Relator, então, passou a analisar os elementos relacionados ao caso concreto para aferir se o legislador teria atuado obedecendo o princípio da proporcionalidade. Considerou, preliminarmente, que o crime em apreço seria de perigo abstrato, o que significaria dizer que há uma dupla antecipação por parte do Estado na tutela do bem jurídico, vez que renunciou ao dano e ao perigo concreto. Em seguida, considerou que a conduta criminalizada sequer observava se o medicamento localizado em depósito possuía (ou não) efeito nocivo ao indivíduo. Por fim, realizou análise comparativa entre o referido crime (com pena de 10 a 15 anos) e o delito de tráfico de drogas (com pena de 5 a 15 anos). Concluiu, a partir daí, que a pena tão excessiva seria decorrente do período (histórico-social) em que a lei que alterou os marcos penais do artigo 273 do Código foi concebida. Ou seja, a Lei n. 9.677/98, que alterou a pena original de 1 a 3 anos para 10 a 15 anos teria feito parte da chamada “onda legislativa de terror penal” que marcou aquele ano.

Assim, diante da constatação de que teria o legislador afrontado o princípio da proporcionalidade, posto que atuado com excesso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceria a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, mantendo, portanto, a compreensão de que o preceito primário – a previsão

da conduta criminalizada – seria constitucional. Assim, para aplicar um preceito secundário que atenda ao princípio da proporcionalidade, entendeu por realizar uma analogia (*in bonam partem*) com o artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.⁵⁴

O que se vê, portanto, é que nesse primeiro caso, o Superior Tribunal de Justiça utilizou a faceta da *proibição de excesso* para fundamentar a sua decisão, de alterar as penas abstratamente cominadas.

Não obstante não haja decisão nesse sentido, importa registrar que, apesar do princípio da proporcionalidade ser composto também da face da proibição de insuficiência, não seria possível o inverso. Leia-se: não seria possível o Tribunal considerar inconstitucional uma pena abstratamente cominada por violação à proibição de insuficiência e realizar analogia para aplicar pena maior. E a razão é de todo evidente: o princípio da proporcionalidade não opera sozinho. Há, obviamente, que se observar os demais princípios basilares do Direito penal. Nesse caso, o princípio da legalidade impediria tanto a imposição de pena não anteriormente prevista, como a analogia *in malam partem*.

Por fim, em caráter conclusivo, é válido ainda analisar a decisão prolatada pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça em 02 de fevereiro de 2017 (HC n. 375.536/MG). No caso concreto, uma funcionária pública que exercia a atividade de professora em presídio localizado em Minas Gerais estava sendo acusada de corrupção passiva e de inserir irregularmente aparelhos celulares no estabelecimento prisional, visto que, por cinco vezes, recebeu valores para, utilizando da facilidade que o cargo lhe conferia, levar telefones celulares aos seus alunos-presidiários.

⁵⁴ Por considerar importante, registre-se que o Min. Luis Felipe Salomão pediu vistas e proferiu voto acolhendo o do Relator, mas acrescentando fundamentos. Num deles, afirmou que o posicionamento de acolher a possibilidade de julgar inconstitucional a atuação proveniente do Poder Legislativo por considerar violados princípios penais (proporcionalidade, lesividade, culpabilidade) não entrava em choque com a posição atualmente pacificada do STJ e STF de não permitir a combinação de leis penais, sob pena de estar o julgador se arvorando em legislador. Obviamente, uma coisa seria o julgador considerar *inconstitucional* um ato *feito* pelo legislador – buscando, quando for o caso, meios de suprir tal inconstitucionalidade –, e outra coisa seria o julgador, *sem considerar qualquer inconstitucionalidade*, combinar leis produzidas pelo legislativo e utilizar uma lei que o julgador *não* fez.

A acusada teve sua prisão preventiva decretada, com fundamento na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do crime e da possibilidade de reiteração criminosa, caso continuasse solta e exercendo a atividade funcional. A Relatora do acórdão, Min. Maria Thereza de Assis Moura, entendeu pela possibilidade de conceder a ordem, revogando a ordem de prisão preventiva e impondo medida cautelar diversa – o imediato afastamento da funcionária pública de suas atividades junto ao presídio.

Chama a atenção, porém, os fundamentos expostos naquele voto, relacionados ao princípio da proporcionalidade, em seus postulados ambivalentes: proibição de excesso e de insuficiência. Com efeito, conforme a Min. Relatora afirmou, o Direito penal e o processo penal constitucionalizados devem ser lidos e interpretados não apenas à luz das regras, mas também dos princípios. Nesse terreno, destaca-se a observância do princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição e dotado de ambivalência, pois exerce contenção dos excessos do Poder Público e veda a proteção penal deficiente.

Assim, especificamente na questão relacionada à prisão preventiva, marcada pelo tom de excepcionalidade em nosso sistema, tal princípio deve ser observado do seguinte modo:

Três são os vetores ou subprincípios a serem observados na aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de direito processual penal ou, mais especificamente, no âmbito das medidas cautelares de natureza pessoal: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por força da adequação, a medida deve se mostrar apta a atingir à consecução do fim proposto, não permitindo um ataque infundado ao direito fundamental de liberdade. Pelo subprincípio da necessidade, deve o Poder Público escolher a medida menos gravosa, ou seja, aquela que menos interfira no direito de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito refere-se a um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício auferido, a fim de se constar se se justifica a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.

Analisando o caso concreto, não restam dúvidas de que embora a prisão cautelar atenda ao primeiro dos subprincípios, mostrando-se adequada a atingir o fim proposto pelo magistrado - evitar a reiteração delitiva para garantia da ordem pública; e preservar a conveniência da instrução criminal -, certo é que a imposição do ergástulo não resiste ao embate com os demais subprincípios, seja porque não se mostra a medida que interfira em menor extensão na esfera dos direitos individuais da acusado, seja impor um ônus desarrazoado ao agente em face das circunstâncias do suposto delito.

Na espécie, pende contra a ré denúncia por suposto cometimento de corrupção passiva e entrada irregular de aparelho telefônico em estabelecimento prisional. Segundo o apurado, o *modus operandi* não apresentava grande complexidade. Um grupo de professores que lecionava no estabelecimento prisional, dentre eles a ora paciente, estaria recebendo vantagem indevida através de depósitos bancários, tendo por contraprestação a entrega de telefones celulares aos detentos.

Nota-se que a preocupação explanada pelo magistrado em tolher o risco de reiteração delitiva e evitar eventual embaraço às investigações é legítima, porquanto - imbuída na função de docência na penitenciária -, inegável que a paciente é dotada de relacionamento próximo com os reeducandos, guardando assim fundável influência sobre eles. De outro lado não existem quaisquer indícios ou elementos concretos que possam ser extraídos dos autos no sentido de evidenciar possível ingerência da paciente sobre familiares e amigos dos detentos ou possíveis coautores da infração atuantes em ambiente extramuros. Pelo contrário, a afirmação lançada pelo magistrado é desprovida de base empírica, ou ao menos não foi trazida ao processo.

Nesse vereda, tendo por arrimo toda as considerações supramencionadas, deve-se ponderar a existência de meios menos gravosos e igualmente idôneos a auferir o fim proposto, em franca observância à densificação do princípio da proibição do excesso.

Registre-se que, diferentemente do que restou aduzido na decisão acima transcrita, é usual porém, que os Tribunais brasileiros abram/realizem justamente os demais eventos.

Nesse ponto, vale um alerta. A presunção da inocência é um princípio constitucionalmente expresso. Na observância da proporcionalidade – e aqui em especial na face de proibição de insuficiência – é que o legislador infraconstitucional previu hipóteses em que, não obstante não haja trânsito em julgado, o sujeito (presumidamente inocente) possa ter privada a sua liberdade.

Se é assim, quando da observância da proporcionalidade no segundo momento, pelo Poder Judiciário, não parece correto invocar a proibição de excesso como modo de alargar indevidamente as exceções já feitas ao princípio constitucional da presunção da inocência, pois tais exceções já são justamente o atendimento a tal postulado.

Não se está aqui a afirmar que o princípio da proporcionalidade não pode ser utilizado em suas duas facetas – proibição de excesso e de insuficiência – pelo Poder Judiciário. Mas, utilizando as duas decisões acima como parâmetros, o que

se está a afirmar é que o Poder Legislativo possui maior liberdade para observar o princípio da proporcionalidade em suas duas diferentes faces.

O Poder Judiciário, por sua vez, não obstante também seja destinatário de tal princípio, conta com a sua observância um tanto mais limitada, em especial no que refere ao princípio da proibição de insuficiência. Sim, porque o Poder Judiciário deve obediência a todos os princípios penais que também deve obediência o Poder Legislativo – como é o caso da intervenção mínima, lesividade e culpabilidade –, mas deve igualmente obediência ao *princípio da legalidade*. E, precisamente aqui, reside uma importante diferença que redundará em uma relevante limitação.

O princípio da legalidade veda que o Poder Judiciário viole a anterioridade da lei penal, veda que proceda analogias que prejudiquem o réu, veda que se utilizem costumes em desfavor do réu, veda que se alargue a previsão de exceções que desfavorecem o réu.

Assim, é possível afirmar que o Poder Legislativo deve observar com maior vigor a *proibição de excesso* e a *proibição de insuficiência*, por todas as razões que foram inicialmente expostas nesse trabalho. O Poder Judiciário, por sua vez, não obstante seja também destinatário do princípio, deve trabalhar com maior vigor com a vedação de excesso – inclusive reconhecendo inconstitucionalidades na atividade legislativa –, mas com maior cautela com a vedação de insuficiência, em razão de estar subordinado a outros princípios limitadores, como o princípio da legalidade.

Diante de tal constatação é que será possível atingir o efeito desejado: que o princípio da proporcionalidade, com seu duplo postulado – de vedação de excesso (garantismo negativo) e de vedação de insuficiência (garantismo positivo) –, seja uma dupla possibilidade de tutela aos direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

AGUADO CORREA, Teresa (2014): “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en Juan Antonio

LASCURAÍN SÁNCHEZ y Maximiliano RUSCONI (eds.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 29-92.

ALEXY, Robert (2007 [1986]): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Trad. De Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BERLIN, Isaiah (2001 [1969]): *Dos conceptos de libertad*, Madrid, Alianz Editorial.

BRAITHWAITE, John (2002): *Restorative justice & responsive regulation*, Oxford, Oxford University Press.

CARUNCHO, Alexey Choi; BACH, Marion (2016): “A suficiência como baliza à substituição das penas privativas de liberdade”, en Paulo César BUSATO, Priscilla Placha SÁ e Gustavo Britta SCANDELARI (eds.), *Perspectivas das ciências criminais: Coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*, Rio de Janeiro, GZ Editora.

CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramón (2014): “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ y Maximiliano RUSCONI (eds.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 119-150.

CHRISTIE, Nils (1992 [1977]): “Los conflictos como pertinência”, en Julio B. J. MAIER (ed.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 157-182.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1999): *Derecho penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995). *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.

DONINI, Massimo (2015 [2010]): *Poder judicial y ética pública: La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Buenos Aires, B de F.

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

FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007): “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Colóquio Jurídico Europeo, pp. 249-332.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (2001): “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, en *Estudios penales*, Madrid, Colex, pp. 309-317.

GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene de (2016). *Modelos de estado e emergência do princípio constitucional da vedação deficiente em matéria penal e extrapenal*, in CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina.

HASSEMER, Winfried (2012): “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”, en Andrew Von HIRSCH, Kurt SEELMANN, Wolfgang WOHLERS, y Ricardo ROBLES PLANAS (eds.), *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier.

JOHNSTONE, Gerry (2011): *Restorative justice: ideas, values, debates*, 2ª. New York, Routledge.

LOPERA MESA, Gloria Patricia (2006): *Principio de proporcionalidad y lei penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MERLE, Jean-Christophe (2017): *German idealism and the concept of punishment*, Cambridge, Cambridge University Press.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). *La filosofía penal de la Ilustración*. Lima: Palestra Editores.

SARLET, Ingo Wolfgang (2004). “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47. São Paulo.

STRECK, Lenio Luiz (2005). *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In Revista da AJURIS, vol. 32. Porto Alegre.

STRECK, Maria Luiza Schafer (2008). *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Dissertação de mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

TEIXEIRA, Adriano (2015): *Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, São Paulo, Marcial Pons.