

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

SELETIVIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Luciano Lopes Nogueira Ramos

São Paulo
Abril de 2025

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

SELETIVIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Luciano Lopes Nogueira Ramos

Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Carlos da Ponte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, na área de Direito Penal, na linha de pesquisa de Tutela Penal e Princípios Constitucionais Penais.

São Paulo
Abril de 2025

Espaço para a folha de aprovação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Salomão Rodrigues Nogueira Ramos e Irecê Lopes Nogueira Ramos, por tudo que fizeram por mim, e que me permitiram chegar até aqui.

Agradeço a minha esposa, Conceição de Maria Silva Negreiros, sempre ao meu lado como uma fortaleza, fonte inesgotável de bom senso e de ótimos conselhos.

Agradeço ao meu filho, Nicolas Negreiros Ramos, apaixonado pelo Direito, um exemplo de integridade e de filho.

Agradeço ao meu Professor Orientador, Antônio Carlos da Ponte, por ter me aceito como orientando e pelas lições preciosas na orientação.

Agradeço aos Professores Pedro Henrique Demercian, Marco Antonio Marques da Silva, Guilherme de Souza Nucci, Oswaldo Henrique Duek Marques, Evani Zamboni Marques da Silva e Gabriel Benedito Issaac Chalita, pelos valiosos ensinamentos e reflexões nas aulas, com quem eu muito aprendi a cada dia de aula.

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por ter me acolhido como aluno.

Agradeço aos Doutores Cleandro Alves de Moura e Cláudia Pessoa Marques da Rocha Seabra, do Ministério Público do Estado do Piauí, por acreditarem em mim e no meu trabalho.

RESUMO

Trata-se de pesquisa acerca do princípio da proibição da proteção insuficiente, que teve início do seu debate na Alemanha, em relação a dois julgados sobre o aborto, onde se decidiu que a proteção do direito à vida do nascituro estava com a sua proteção insuficiente, *untermassverbot*.

A introdução apresenta o resumo inicial do tratamento dado ao princípio da proibição da proteção insuficiente pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, bem como a menção do princípio em decisões do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro capítulo discorre sobre o bem jurídico. O segundo capítulo versa sobre a pena de prisão, as teorias da pena, as escolas penais e a história da pena de prisão.

O terceiro capítulo analisa o princípio da proporcionalidade, na Alemanha e no Brasil.

O quarto capítulo aborda diretamente o princípio da proibição da proteção insuficiente, sem se esquecer das lições aprendidas com o princípio da proporcionalidade e a apresentação da desproporção entre a pena mínima do crime de homicídio ser de seis anos, conforme o art. 121, *caput*, do Código Penal do Brasil, e a pena mínima para o crime de roubo com a prática de violência ou grave ameaça, com emprego de arma de fogo, se há violência ou com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, ser de seis anos e oito meses, conforme o art. 157, § 2º-A, I e II, do Código Penal do Brasil.

A conclusão informa o reconhecimento do princípio da proibição da proteção insuficiente no Brasil, reitera a desproporção entre a pena mínima do crime de homicídio e a pena mínima para o crime de roubo com a prática de violência ou grave ameaça, com emprego de arma de fogo, se há violência ou com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo, que cause perigo comum, com a apresentação da solução, que seria a mutação constitucional para se entender que a violação do princípio da proibição da proteção insuficiente seria omissão constitucional do dever de proteção do direito fundamental, para se indicar o remédio constitucional a ser aplicado, a necessidade de tal controle ocorrer apenas perante o STF, a necessidade de cientificar o Poder Legislativo para corrigir a distorção e, por fim, a possibilidade do STF de ditar regras, na hipótese da persistência da violação ao princípio em questão.

PALAVRAS CHAVES: Bem jurídico. Pena. Teorias da Pena. Escolas Penais. História da prisão. Princípio da proporcionalidade. Princípio da proibição da proteção insuficiente. *Untermassverbot*.

ABSTRACT

This research addresses the principle of the prohibition of insufficient protection, whose debate began in Germany following two landmark abortion rulings. In these cases, it was held that the right to life of the unborn was inadequately protected (Untermassverbot).

The introduction provides an overview of how the German Federal Constitutional Court initially addressed the principle of the prohibition of insufficient protection, as well as references to the principle in rulings by the Brazilian Federal Supreme Court.

The first chapter discusses the legally protected interest (Rechtsgut). The second chapter examines imprisonment, theories of punishment, criminal law schools, and the historical development of custodial sentences.

The third chapter analyzes the principle of proportionality in both Germany and Brazil.

The fourth chapter directly explores the principle of the prohibition of insufficient protection, while also drawing from lessons learned from the principle of proportionality. It highlights the disproportionate sentencing between the minimum penalty for homicide, which is six years under Article 121, caput, of the Brazilian Penal Code, and the minimum penalty for armed robbery involving violence, serious threats, or the use of firearms or explosives, which is six years and eight months under Article 157, § 2-A, I and II, of the Brazilian Penal Code.

The conclusion acknowledges the recognition of the principle of the prohibition of insufficient protection in Brazil, reiterates the sentencing disparity mentioned, and proposes a constitutional mutation as a solution. This would entail interpreting a violation of the principle as a constitutional omission in the duty to protect fundamental rights. The proposal also includes the application of constitutional remedies, the requirement that such control be exercised solely by the Federal Supreme Court, the notification of the Legislative Branch to correct the imbalance, and the possibility of the Court issuing binding guidelines in case of persistent violations.

KEYWORDS: Legally protected interest. Punishment. Theories of punishment. Criminal law schools. History of imprisonment. Principle of proportionality. Principle of the prohibition of insufficient protection. Untermassverbot.

LISTA DE SIGLAS

5, StrRG Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts - Quinta Lei de Reforma do Direito Penal

Ac. Acórdão

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Ampl. Ampliada

Art. Artigo

Arts. Artigos

BGB *Bürgerliches Gesetzbuch* Código Civil Alemão

BVerfG *Bundesverfassungsgericht* Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

BVerfGE *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

BVerfGG *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* Lei do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

CF/1988 Constituição Federal de 1988

CP Código Penal

DIVULG Divulgado

DF Distrito Federal

DJe Diário da Justiça Eletrônico

ed. edição

etc. *et cetera*

Franz V. Liszt Franz Von Liszt

GG *Grundgesetz* Constituição Federal da Alemanha

GLP gás liquefeito de petróleo

HC *Habeas Corpus*

MC/DF Medida Cautelar Distrito Federal

Min. Ministro

nº número

n ^{os}	números
Org	Organizador
p.	página
pp.	páginas
RE	Recurso Extraordinário
rel.	relator
rev.	revisada
ss.	seguintes
Strafgesetzbuch	Código Penal alemão
STF	Supremo Tribunal Federal do Brasil
TC	Tribunal Constitucional de Portugal
v.g.	<i>verbi gratia</i>

SUMÁRIO

Introdução.....	12
1 Bem Jurídico.....	15
1.1 Finalidade do Direito Penal.....	15
1.2 Origem.....	17
1.3 Bem Jurídico e Escola de Kiel.....	20
1.4 Bem Jurídico e Teses Sociológicas.....	21
1.5 Bem Jurídico e Funcionalismo.....	22
1.6 Bem Jurídico e Habermas.....	24
1.7 Conceito.....	24
1.8 Escolha do Bem Jurídico a Ser Protegido.....	27
2 Pena.....	31
2.1 Relação entre o Direito Penal e a Pena.....	31
2.2 Finalidade da Pena.....	32
2.3 Pena e Proporcionalidade.....	33
2.4 História da Pena de Prisão.....	35
2.5 Escolas Penais.....	39
2.6 Teorias da Pena.....	44
2.6.1 Teorias absolutas e relativas.....	44
2.6.2 Teorias preventivas.....	48
2.6.2.1 Prevenção.....	48
2.6.2.2 Teoria da prevenção geral.....	50
2.6.2.3 Teoria da prevenção especial.....	60
3 Princípio da Proporcionalidade.....	63
3.1 Conceito de Princípio.....	63
3.2 Conflito Entre Regras e Entre Princípios.....	64
3.3 Origem do Princípio da Proporcionalidade.....	66
3.4 Natureza Jurídica.....	68
3.5 Princípio da Proporcionalidade na Alemanha.....	70
3.6 Princípio da Proporcionalidade no Brasil.....	73
3.7 Subprincípios da Proporcionalidade.....	74
3.8 Direito às Ações Estatais e o Princípio da Proporcionalidade.....	77
4 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente.....	85

4.1 Origem na Alemanha.....	85
4.2 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente em Portugal.....	92
4.3 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente no Brasil.....	95
4.4 Natureza Jurídica.....	97
4.5 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente e os Deveres de Proteção.....	101
4.6 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente e os Tipos Penais e Penas.....	107
4.7 Aplicação do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente.....	115
CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	124

INTRODUÇÃO

O crime de homicídio simples, atualmente, tem a pena mínima inferior à pena mínima por crime de roubo com emprego de arma de fogo ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, o que revela uma discrepância de que a proteção do bem jurídico da vida seja inferior, na hipótese de homicídio simples, do que a proteção do patrimônio, nas hipóteses de roubo acima mencionadas, quando se adota a quantidade da pena mínima como critério.

O artigo 121 do Código Penal (CP), que trata de homicídio simples, dispõe que matar alguém pode resultar em pena mínima de 06 (seis) anos.

Acontece que a Lei Federal nº13.654, de 23 de abril de 2018, alterou a pena em relação ao crime de roubo com emprego de arma de fogo ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, tendo em vista a redação do artigo 157, § 2º-A, do CP, prevendo aumento em 2/3 (dois terços) sobre a pena base.

Desta forma, a pena base para o crime de roubo com emprego de arma de fogo permaneceu em 4 (quatro) anos, acrescida da causa de aumento em razão do emprego de arma de fogo ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum em 2/3 (dois terços), o que perfaz 2 (dois) anos e 8 (oito) meses, e totaliza a pena mínima definitiva em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, excluída a ocorrência de agravantes, atenuantes e causas de aumento e/ou diminuição da pena na sua dosimetria.

O bem jurídico do patrimônio passou a ter uma proteção penal com pena superior ao bem jurídico da vida, resguardado no tipo legal do homicídio simples.

Pretende-se demonstrar que, diante da nova pena mínima em relação ao crime de roubo nas hipóteses acima, o bem jurídico da vida não se encontra devidamente protegido no tipo legal de homicídio simples, por ter uma pena mínima menor, se comparada com a pena mínima do crime de roubo nos exemplos legais dados, tendo em vista o princípio constitucional penal da proibição da proteção deficiente, bem como apontar o meio para sanar a proteção deficiente.

Ficam aqui dois questionamentos: O primeiro, a proteção ao bem jurídico da vida, em caso de homicídio simples, de que a pena mínima para o crime de homicídio simples

é inferior à pena do crime de roubo com emprego de arma de fogo ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, que visa à proteção ao bem jurídico do patrimônio, passou a ser deficiente em face do princípio constitucional da proibição da proteção deficiente?

O segundo: Qual é o meio para a correção da proteção deficiente em relação à pena por crime de homicídio simples, diante da pena mínima do crime de roubo com emprego de arma de fogo ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum?

A pesquisa tem como objetivo geral demonstrar que o bem jurídico da vida, na hipótese de crime de homicídio simples, se encontra em estado de proteção deficiente, tendo em vista a pena mínima ser inferior à pena mínima do crime de roubo com emprego de arma de fogo ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, o que caracteriza a violação ao princípio constitucional penal da proibição da proteção deficiente e apontar a maneira de suprir tal proteção deficiente.

Para tanto, a pesquisa terá como objetivos específicos analisar o conceito de bem jurídico protegido com os tipos penais; estudar e comparar o bem jurídico protegido com a tipificação do crime de homicídio simples e o crime de roubo com emprego de arma de fogo ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum e suas respectivas penas mínimas; discorrer sobre os princípios e regras, solução de conflito entre regras e entre princípios e sobre princípios constitucionais penais, principalmente sobre o princípio constitucional penal da proibição da proteção deficiente; demonstrar a violação ao princípio constitucional penal da proibição da proteção deficiente, tendo em vista que a pena mínima para o crime de roubo com emprego de arma de fogo ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum é superior à pena por crime de homicídio simples e apontar a solução para a correção da violação do princípio constitucional penal da proibição da proteção deficiente.

A pesquisa tem relevância, por se aprofundar em tema pouco debatido, no que se refere aos princípios constitucionais penais, que vem a ser o princípio da proibição da proteção deficiente, embora ele seja mencionado na doutrina e tenha sido apontado em decisões judiciais nos Tribunais Superiores, e sobre a solução para a proteção deficiente diante de um caso claro do Código Penal, que vem a ser a discrepância em questão.

A importância deste trabalho se revela em apontar, primeiro, a discrepância entre as penas mínimas do crime de homicídio simples e de roubo com emprego de arma de fogo e, de forma mais ligeira, de outros delitos; segundo, por indicar o caminho para a solução de tal problema com o já adotado pela Alemanha, princípio da proibição da proteção deficiente, inclusive com a sugestão de mutação constitucional para o uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão por parte do Supremo Tribunal Federal – STF - com a ressalva da notificação ao Congresso para legislar sobre a matéria no prazo de dois anos antes de eventual decisão do STF com o uso do princípio em questão.

1 BEM JURÍDICO

1.1 Finalidade do Direito Penal

Para Liszt, todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana e a proteção de interesses é a essência do Direito¹.

Em relação ao Direito e os interesses da sociedade, Beccaria esclareceu, em sua obra, *Dos Delitos e das Penas*, a origem e a necessidade das leis penais, para haver a convivência entre os homens:

As leis são as condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viverem em contínuo estado de guerra e de gozarem uma liberdade tornada inútil pela incerteza de poderem conservá-la. Eles sacrificaram uma parte dessa liberdade para gozar-lhe o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação; e o soberano é o legítimo depositário e administrador deles. Porém não bastava formar esse depósito. Era necessário defendê-lo das privadas usurpações de cada homem em particular, que procuravam sempre retirar do depósito não só a própria porção, como ainda usurpar a dos outros.

Foi, pois, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade; é certo, portanto, que cada um queira colocar no depósito público a mínima porção possível da mesma liberdade, aquela que somente seja suficiente a induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Todo o direito a mais é abuso, e não justiça; é fato, já não é direito. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por natureza; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança, e é maior a liberdade que o soberano proporciona aos súditos².

A finalidade do Direito Penal é exercer a tutela, ou seja, a proteção do indivíduo em relação às agressões de terceiros, no que se refere aos bens jurídicos mais relevantes, para possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade e sua realização ética, assim como a vida em comunidade³.

O Direito Penal busca proteger bens essenciais para a vida em comunidade para o funcionamento do sistema social, sempre buscando a paz social, refletindo os contornos

¹ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1. p. 93.

² BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979 pp. 38-39.

³ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, p. 227.

desenvolvidos pela teoria geral do delito sobre o bem jurídico-penal⁴, pois o Direito Penal visa a tutela dos bens jurídicos que mereçam a sua proteção em razão da sua dignidade⁵.

Hans-Heinrich Jescheck afirma que as normas jurídico penais estão fundamentadas no juízo de valor sobre os bens imprescindíveis para a convivência das pessoas na comunidade e que, por isso, devem ser protegidos através da coação estatal mediante a pena aos seus infratores⁶.

Antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades⁷.

Partindo-se do pressuposto de que o Direito Penal se vincula à sociedade, à qual deve servir e da qual retira seu sentido, o bem jurídico há de ser compreendido no âmbito da realidade social, e não como simples decisão legislativa, e deve ser logicamente anterior à lei que o tutela⁸.

O Direito Penal tem, portanto, por meta a proteção da sociedade e, em último caso, dos interesses dos indivíduos que a compõem, para o fim de evitar delitos⁹, sendo que quem viola a liberdade garantida pelo contrato social e garantida pelas leis penais comete um crime que é a ofensa sancionada por uma lei penal, uma ação que contraria o direito de outro¹⁰.

Desta forma, o Direito Penal é a *ultima ratio* depois que se esgotam as alternativas menos radicais, em outros ramos do Direito, para a proteção dos interesses sociais¹¹ diante do crime.

⁴ ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**: de acordo com as Leis n^{os} 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 29.

⁵ ROXIN, Claus. **El legislador no lo puede todo**. Traducción de Manuel Abanto Visquez. Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales, n^o 12, 2. Época, 2005, p. 325.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**, Granada: Editorial Comares, 5^a Edición, 2002, pp. 07-08.

⁷ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 50.

⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014, p. 120.

⁹ *Idem, Ibidem*, p. 43.

¹⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Traducción de la 14. Edición alemana Eugenio Raúl Zaffaroni y Irma Hagemeyer, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 55.

¹¹ ROXIN, Claus. **Problemas actuales de dogmática penal**. Traducción de Manuel A. Abanto Vasquez Lima: Ara Editores, 2004, p. 36.

O crime, para Feuerbach, fere a liberdade que é garantida aos demais cidadãos, de acordo com o contrato social, e meros erros morais não devem ser considerados como objeto de Direito Penal¹².

Considerando que o Direito Penal protege os interesses dos indivíduos, no Direito Penal e Processual Penal, podem ser identificados, ao menos, três titulares de interesses contrapostos: acusado, vítima e coletividade. O equilíbrio desses interesses é que resulta na ponderação complexa do dever de proteção penal¹³.

Em relação ao acusado, este possui um direito de defesa (a ações negativas), no sentido de que seja respeitado seu direito de liberdade e, por isso, a intervenção do Estado está limitada por uma proibição de excesso¹⁴. Deve-se frisar que o Direito Penal impõe uma pena ou medida de segurança, mas também serve de proteção às pessoas diante do Estado, até porque somente pode ser imputado como crime a uma pessoa o que é previsto anteriormente em norma penal¹⁵.

Em relação à vítima e à coletividade, há um direito fundamental de proteção penal, no sentido de que o Estado proteja os bens jurídicos mais relevantes à agregação do tecido social mediante normas incriminadoras, com penas proporcionais, bem como tal direito exige a realização concreta do sistema de justiça criminal de forma eficiente¹⁶.

Ademais, há uma titularidade difusa do direito subjetivo fundamental de proteção penal: todas as pessoas (por não saberem se serão potencialmente uma vítima no futuro) possuem o direito à eficiente proteção penal¹⁷.

1.2 Origem

O surgimento do conceito de bem jurídico, como objeto da proteção penal através da norma incriminadora, veio como consequência da crítica à teoria da lesão de direitos

¹² MURMANN, Uwe. ¿Función crítica del concepto de bien jurídico *versus* Constitución? In: AMBOS, Kai; BOHM, Maria Laura; ZULUAGA, John (org.). **Desarrollos actuales de las ciencias criminales em Alemania**. Série CEDPAL, volumen 1. 2016. Cap. V, p. 96.

¹³ ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 2006, p. 63.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 63.

¹⁵ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. J.M. Bosch Editor. 1992, pp. 187-188.

¹⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom. *op. cit.*, pp. 63-64.

¹⁷ *Idem, ibidem*, pp. 63-64.

subjetivos, sustentada por Paul Johann Anselm Ritter Von Feurbach, fundado na teoria do fim do Estado, de Immanuel Kant¹⁸.

Com efeito, antes da Ilustração, o delito era identificado como o mero descumprimento de deveres impostos, o que constituía, de modo indeterminado, uma maldade (*Böseheit*) que infringia a lei e, antes de tudo, a própria vontade divina, o que evidenciava o caráter metafísico e autoritário da intervenção jurídico-penal à época¹⁹.

Feuerbach fez a separação do Direito, moral, religião, e negou legitimidade à persecução de qualquer finalidade transcendente pelo Direito Penal. Tal ideia foi por ele aplicada no Código da Baviera, de 1813, o qual deixou de criminalizar condutas como a heresia, a blasfêmia, a incredulidade, a sodomia e a prostituição, embora o incesto, o adultério e a bigamia tenham continuado a ser incriminados, e eram estruturados como crimes privados, por violação a direitos de terceiros²⁰.

A visão contratualista sustentada por Feuerbach acabou sendo revista por J. F. M. Birnbaum, a quem é atribuída a paternidade da teoria do bem jurídico penal. Em 1834, na Alemanha, Birnbaum publicou seu famoso artigo sobre a tutela da honra, intitulado *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, e que promoveu uma mudança radical na ciência penal²¹.

Em seu artigo, Birnbaum, em 1834, dizia: “De acordo com meu parecer, se se quer tratar o delito como lesão, o essencial é, e ponho acento nisso, relacionar necessariamente este conceito com a sua natureza; não com um direito, senão com um bem [...] é sempre o bem, não o direito, o que se vê diminuindo”²².

Desta forma, Birnbaum foi o responsável pela materialização do objeto de proteção do Direito Penal, e, por essa razão, foi o precursor do conceito de bem jurídico penal²³.

¹⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014, p. 89.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 90.

²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 45.

²¹ ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. **Direito Penal e Constituição: Uma leitura do Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Orientador: Antônio Carlos da Ponte. 2010. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 58. Disponível em: <https://ariel.pucsp.br/bitstream/handle/5491/1/Eduardo%20Piao%20Ortiz%20Abraao.pdf>. Acesso em: 04 mai 2025, p. 58.

²² BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, p. 254.

²³ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 28-29.

Birnbaum rechaçou a tese de que o delito é a lesão de um direito, pois o direito não pode ser diminuído, nem subtraído. Isso pode ocorrer apenas com o que é objeto de um direito, isto é, um bem que juridicamente pertence a alguém e que nasce da própria natureza, ou pelo resultado do desenvolvimento social²⁴.

Johann Michael Birnbaum definiu o crime como toda lesão ou colocação em perigo de bens atribuíveis aos seres humanos, o que se afastava da concepção de lesão a direitos subjetivos²⁵. Birnbaum foi o responsável pela superação da teoria do crime inspirada em direitos subjetivos de caráter civil²⁶.

Significativo que Birnbaum não tenha chegado a utilizar a expressão bem jurídico (*Rechtsgut*), cuja paternidade lhe é consensualmente atribuída, pois usou expressões diversificadas *Gut, welches uns rechtlich zusteht*, ou conceito de um bem a ser definido por lei, de conteúdo mais ou menos descritivo e cuja compreensão identifica substancialmente como a de bem jurídico²⁷.

Acerca de tal ponto, Luiz Flávio Gomes lecionou sobre Birnbaum:

Como se vê, Birnbaum não falou diretamente em ‘bem jurídico’ (*Rechtsgut*), mas indiscutivelmente foi o primeiro autor a introduzir no Direito penal a ideia de ‘bem’ (um bem material) como objeto de tutela, em contraposição com a doutrina do Iluminismo, que via na danosidade social e na violação de direitos subjetivos (*Rechtsverletzung*) os fundamentos da punição estatal²⁸.

A partir das definições de Birnbaum, e sem guardar preocupação com as ideias iluministas, Binding definiu o bem jurídico formalmente como tudo aquilo que, se não era em si um direito, aparece aos olhos do legislador como condição de vida saudável da

²⁴ ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. **Direito Penal e Constituição**: Uma leitura do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Orientador: Antônio Carlos da Ponte. 2010. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 58. Disponível em: <https://ariel.pucsp.br/bitstream/handle/5491/1/Eduardo%20Piao%20Ortiz%20Abraao.pdf>. Acesso em: 04 mai 2025, p. 58.

²⁵ LACERDA, Fernando Hideo Iochida. **Direito penal mínimo e constituição**: o bem jurídico como aquisição evolutiva e a criminalização de seu tempo. Orientador: Cláudio José Langroiva Pereira. 2013. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 23. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6290/1/Fernando%20Hideo%20Iochida%20Lacerda.pdf>. Acesso em: 04 mai 2025.

²⁶ RAMÍREZ, Juan Bustos. **Introducción al Derecho Penal**, 2ª edição, Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994, p. 24.

²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75. No mesmo sentido: PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 28-29.

comunidade, e que merece, assim, a garantia jurídica frente à lesão ou colocação em perigo não desejada²⁹.

Binding, no primeiro volume da obra *Die Normen*, foi o primeiro a falar em bem jurídico (*Rechtsgut*), no sentido de “bem-do-direito”, uma vez que Birnbaum usou apenas os termos bem e bem protegido (*Rechtliche Gut*)³⁰.

Para Karl Binding, é bem jurídico tudo o que não constitui em si um direito, e que tem, sob a óptica do legislador, valor como condição imprescindível de uma vida na comunidade, razão pelo qual o legislador se empenha, segundo o seu juízo, em realizar a proteção contra toda lesão ou perigo indesejado através das normas penais³¹.

Em suma, o bem jurídico é de livre criação do Direito, ou seja, do legislador, e é bem jurídico aquilo que o legislador entende como tal³².

Se para Binding o conceito de bem jurídico é exclusivamente jurídico, uma criação livre do legislador (infrassistemático), para Von Liszt não existiria essa liberdade absoluta, porque o interesse vital que o Direito transforma em bem jurídico está presente nas relações sociais³³. De qualquer modo, como cabe à norma a missão de elevar o bem da vida à condição de bem jurídico, não há dúvida de que se está diante de um juízo de valor do Estado³⁴.

Verifica-se, de toda forma, que a concepção de bem de Birnbaum representa o início do caminho de materialização do conceito. A partir de Binding, o bem jurídico ganha uma dimensão formal e, como passa a ser considerado como criação do próprio Direito, perde o caráter político-criminal de limite do Direito Penal³⁵.

1.3 Bem Jurídico e Escola de Kiel

Deve-se anotar no caminho evolutivo do entendimento acerca do bem jurídico, o rompimento do seu entendimento no Direito Penal nacional-socialista (nazista), pois o bem jurídico foi exageradamente subjetivizado. A rigor, como enfatizava Everardo da

²⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014 pp. 100-101.

³⁰ *Idem, ibidem*, pp. 64-65

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 65.

³² BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, p. 255.

³³ *Idem, ibidem*, p. 256.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 256.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 118.

Cunha Luna, desapareceu o bem jurídico porque, ao impor-se uma doutrina criminal da virtude – *eine kriminalistische Tugendlehre* – erige-se, em dogma, o dever para com o sadio sentimento do povo – *gesundes Volksempfinden*³⁶. Por consequência, em lugar de violação do bem jurídico, deve cogitar-se de violação do dever para com o sadio sentimento do povo – *Volksgemeinschafts-chädlichkeit*. Legalizados, assim, os deveres éticos, ergue-se um Direito Penal da vontade, em que os tipos penais de ação cedem a primazia aos tipos penais de autor³⁷.

A Escola de Kiel (*Kieler Schule*) refutou, no primeiro momento, o dogma do bem jurídico, por ser incompatível com as diretrizes de um Estado totalitário, para admiti-lo posteriormente, quando perdeu sua identidade e não passava de instrumento inócuo. Essa Escola, representada principalmente por Schaffstein e G. Dahm, sustentou o Direito Penal da Vontade (*Willensstrafrecht*), ou Direito Penal do Autor (*Täterstrafrecht*)³⁸.

1.4 Bem Jurídico e Teses Sociológicas

As teses sociológicas, por sua vez, tentam determinar o conteúdo do bem jurídico sob o crivo da realidade social, onde os bens jurídicos possuem destacado valor social, para fim de proteção pela tutela penal, e constituem situações fáticas valoradas positivamente³⁹.

A primeira teoria de cunho sociológico que merece atenção emana de um dos máximos expoentes da Escola de Frankfurt, Hassemer, que, fundado na tradição liberal, afasta a pura proteção do sistema, sem consideração dos indivíduos que o integram, pois a seleção dos bens jurídicos deve apoiar-se em uma hierarquia de valores, bem como nas concretas necessidades da sociedade, na *normative gesellschaftliche Verständigung*; o legislador não está totalmente livre na seleção do bem jurídico, ao contrário, está discricionariamente vinculado a uma escala de valores⁴⁰.

³⁶ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, p. 257.

³⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 257.

³⁸ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. Editora Forense. 8ª edição, 2018, p. 39.

³⁹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: BdeF Editorial, 2004, p. 56.

⁴⁰ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *op. cit.*, p. 258.

Segundo a concepção do bem jurídico, defendida por Hassemer, apenas são bens jurídicos aqueles relacionados aos interesses individuais da pessoa, ainda que possam ser coletivos, o que permitiu limitar as intervenções do legislador em matéria penal⁴¹.

Uma segunda formulação, da mesma índole, foi defendida por Amelung, que sugeriu a substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social, razão pela qual se concebe que o delito não é tanto um fato que lesiona ou põe em perigo um bem, senão um comportamento socialmente danoso⁴². Knut Amelung entende que o conceito de bem jurídico é altamente inoperante na prática, e deve ser substituído pela ideia de danosidade social⁴³.

Alice Bianchini critica a doutrina de Amelung, porque coloca o conceito de delito no centro das teorias sistêmicas de Durkheim, Parsons e Luhmann, e o caracteriza como uma disfuncionalidade, e entende que essa orientação sistêmica causou uma profunda crise no conceito de bem jurídico, em virtude de sua grande capacidade de adaptação a qualquer modelo econômico ou político ou ideológico⁴⁴.

1.5 Bem Jurídico e Funcionalismo

Tem-se a concepção funcionalista de Rolf-Peter Calliess, que, a partir do interacionismo simbólico e da teoria dos sistemas, sustenta que o Direito Penal protege a estrutura social, entendida como rede de distribuição de possibilidades de participação recíprocas nos sistemas sociais⁴⁵. Assim, no âmbito de uma estrutura social que permite a participação dos indivíduos, o bem jurídico não pertence à categoria do substancial, e tampouco representa um valor ou um bem, mas se constitui, na verdade, na referida possibilidade de participação⁴⁶. Ao Direito Penal cabe tutelar, portanto, a segurança de tais expectativas de participação e a confiança no funcionamento do sistema⁴⁷.

Outras concepções formais do bem jurídico emergem também ao amparo do funcionalismo sistêmico. Sua expressão mais acabada se vê na obra de Günther Jakobs,

⁴¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 43.

⁴² BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, p. 258.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 258.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 258.

⁴⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014, p. 134.

⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 134.

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 134.

para quem o delito é a negação da vigência da norma. Ao partir de um funcionalismo sistêmico, denominado de radical, Jakobs dirige-se a um Direito Penal isento por completo de individualismos e desenvolve conceitos de responsabilidade baseados na análise do comportamento do autor em relação às expectativas que a sociedade tem sobre ele⁴⁸.

Para a teoria funcionalista sistêmica, a pena não repara bens, apenas confirma a norma, pois o Direito penal não pode reagir a uma lesão ao bem jurídico, senão ao rompimento da norma⁴⁹. O Direito penal protege a vigência das normas. A pena tem função preventiva geral positiva, porque procura exercitar a confiança na norma, na fidelidade ao direito e na aceitação das consequências e o delito, por conseguinte, passa a ser concebido como fato antinormativo (não necessariamente antijurídico, sobretudo em seu sentido material⁵⁰). Jakobs considera que o Direito Penal apenas tem sentido como mecanismo de manutenção da ordenação social, e o crime não constitui a violação do bem jurídico, mas uma infidelidade ao Direito, às normas necessárias e às expectativas sociais⁵¹.

Jakobs refuta a função do Direito Penal de tutela de bens jurídicos, propondo a ultrapassagem do dogma do bem jurídico, substituindo-o por um princípio de danosidade social⁵².

Para Jakobs, a partir de uma teoria sistêmica, de cunho normativo, a pena não tem uma função retributiva, negativa, mas, de modo positivo, se apresenta como uma demonstração da vigência da norma por conta de um responsável, e tem por finalidade estabilizar a norma lesionada⁵³.

O funcionalismo de signo normativista, além de conceber o Direito Penal segundo uma perspectiva de pura eficácia (substancialista), posto que, para a incidência da sanção penal, bastaria o rompimento de uma norma, rejeita o princípio da ofensividade, entendido como uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico⁵⁴.

⁴⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014, p. 134.

⁴⁹ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, pp. 258-259.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, pp. 258-259.

⁵¹ *Idem, ibidem*, pp. 72-73.

⁵² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *op. cit.*, pp. 72-73.

⁵³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 55.

⁵⁴ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.), *op. cit.*, p. 259.

As orientações funcionalistas, em síntese, afirmam que os objetos de proteção penal devem ser entendidos em sua dimensão social como condições necessárias para a conservação de uma determinada ordem social⁵⁵.

1.6 Bem Jurídico e Habermas

Por fim, emerge a concepção procedimental de bem jurídico no seio de uma nova corrente filosófico-jurídica que, como assina Vogel, já não pretende fundamentar a legitimidade do Direito em uma metafísica natural, que coloca em primeiro plano uma legitimação procedimental por meio do entendimento⁵⁶. Vogel observa que, no fundo de tal orientação, encontra-se o giro da nova filosofia da linguagem e seu uso, como razão comunicativa ou racionalidade comunicativa, na linha de Habermas⁵⁷. Para Habermas, a legitimidade das normas depende não de sua imposição fática, e sim de que os destinatários possam sentir-se seus autores racionais, o que ocorre quando são fruto do procedimento argumentativo e consensual da razão comunicativa, ou seja, do procedimento democrático⁵⁸.

Na verdade, em um Estado Democrático de Direito de cunho personalista, a política criminal fundada na proteção de bens jurídicos constitui a realização material do reconhecimento do indivíduo como sujeito participativo nos processos sociais⁵⁹.

1.7 Conceito

Sobre a essência do bem jurídico, para Liszt, bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade⁶⁰.

Winfried Hassemer apresenta o seguinte entendimento sobre bem jurídico:

⁵⁵ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, p. 259.

⁵⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014, pp. 138-139.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, pp. 138-139.

⁵⁸ HABERMAS Jürgen. **Faticidad y validez**. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 148.

⁵⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva, *op. cit.*, p. 147.

⁶⁰ LISZT, Fran Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução: José Higinio Duarte Pereira. Tomo I, 1 ed. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 139.

O conceito de bem jurídico deve-se à ideia de bem do iluminismo. Ele foi formulado e fundamentado por Paul Johann Anselm Feuerbach por volta do século XIX, como uma arma contra uma concepção moralista do Direito Penal. A infração contra uma norma (moral ou ética) não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente ‘bens jurídicos’⁶¹.

Para Cláudio Brandão, acerca do papel do bem jurídico:

Com efeito, para que o papel do bem jurídico cumpra a sua função de legitimar a intervenção penal, é imprescindível interpretá-lo à luz da sociedade, como pretende a atual dogmática alemã. A ideia de bem jurídico não é desvinculada da ideia de valor, visto que o bem jurídico é precisamente o valor protegido pela norma penal, mas esse valor cumpre a função de resguarda as condições de convivência em sociedade de um determinado grupo humano. Bem jurídico deve ser definido, pois, como o valor tutelado pela norma funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade⁶².

Welzel define bem jurídico como “[...] um bem vital do grupo ou do indivíduo, que, em razão de sua significação social, é amparado juridicamente⁶³”.

Francisco de Assis Toledo leciona que os bens jurídicos são valores ético-sociais selecionados pelo direito com o objetivo de assegurar a paz social, e colocados sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas⁶⁴.

O bem jurídico digno de tutela penal, para Muñoz Conde, é o pressuposto necessário que a pessoa precisa para a autorrealização na vida social⁶⁵.

Sobre o bem jurídico, para Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya:

[...] o princípio do bem jurídico estabelece um limite material ao poder punitivo estatal, pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico⁶⁶.

Márcia Dometila Lima de Carvalho tem o seguinte entendimento acerca da função do Direito Penal em relação aos bens jurídicos:

[...] o Direito Penal deve proteger os bens jurídicos fundamentais. E o que é fundamental para a Constituição é o desenvolvimento da justiça social, dignificando o homem. A proteção exacerbada de bens jurídicos

⁶¹ HASSEMER, Winfrid. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 56.

⁶² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 09-10.

⁶³ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 32.

⁶⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires: B. de F. Barcelona, 2001, p. 91.

⁶⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 39.

individuais, em detrimento do bem jurídico ‘justiça social’, ‘direito social’, foge à nova ordem constitucional⁶⁷.

Somente os bens jurídicos mais relevantes gozam da proteção do Direito Penal, e não cabe estender o Direito Penal para qualquer bem, interesse ou direito, daí o seu caráter fragmentário e subsidiário, porque não protege todos os bens jurídicos e somente incide quando os demais ramos do Direito não conseguem protegê-los eficazmente⁶⁸.

Para fim de tutela de bens jurídicos, o Direito Penal impõe e executa a pena para garantir a observância das normas penais de conduta. Aliás, a pena legalmente cominada indica a importância que a ordem jurídica atribui ao bem jurídico tutelado como imprescindível⁶⁹. O fim imediato da pena constitui, então, justamente, a estabilização, ou a mera imposição das normas existentes para a proteção de bens jurídicos, com uma finalidade preventivo-geral para a observância de todos e, ao mesmo tempo, preventivo-especial, ao determinar ao agente em concreto a observância da norma⁷⁰.

Para Biachinni, acerca da tutela dos bens jurídicos:

A missão de tutela de bens jurídicos representa como uma das importantes proposições de um programa político-criminal típico de um Estado constitucional e democrático de Direito, de cariz social e participativo, fundado tanto em valores essenciais (assim, por exemplo, a dignidade humana, a liberdade e justiça), como na concepção de que o Estado não deve estar a serviço dos que governam ou detêm o poder, senão em função da pessoa humana (*omne jus hominum causa introductum est*), em várias dimensões: a) que está obrigado a assegurar as condições essenciais, seja para o desenvolvimento de sua personalidade, seja para a vida em sociedade; (b) que não pode promover, defender ou impor qualquer ideologia ou qualquer ordem moral ou religiosa (secularização do Direito penal); (c) que deve tolerar e incentivar o modelo pluralista e democrático de convivência, o que significa que deve intervir o menos possível na liberdade humana (intervenção mínima) e jamais castigar ‘meras imoralidades’⁷¹.

Para Antônio Carlos da Ponte, é o bem jurídico que dá conteúdo à tipicidade, e somente a partir dele é possível dar significação ao injusto; o que permite concluir que é

⁶⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 100.

⁶⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La proporcionalidade de la norma penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Ano nº 01, 2000, p. 228.

⁶⁹ CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999, p. 156.

⁷⁰ RUPOLPHI, Hans-Joachim. El fin del derecho del estado y las formas de imputación jurídico-penal. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios em honor Claus Roxin em su 50º aniversario. Trad. Jesús Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 82-83.

⁷¹ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, pp. 229-230.

ele que realiza o papel de ligação entre a dogmática (teoria do delito) e a política criminal (realidade social)⁷².

Claus Roxin, com o entendimento de que apenas a Constituição pode restringir a escolha de bens jurídicos, define inicialmente os bens jurídicos como circunstâncias ou finalidades úteis para o indivíduo e para o seu livre desenvolvimento⁷³. Ele entende que os bens jurídicos não necessariamente são fixados anteriormente ao legislador, e podem também ser criados por ele⁷⁴.

O bem jurídico apenas adquire uma função limitadora, sob o ponto de vista político-criminal, se for submetido a valorações jurídico-penais, que permitam selecionar com critérios específicos os objetos dignos de amparo na esfera penal. Assim, a fim de que um bem jurídico possa ser considerado um bem jurídico-penal, cabe exigir-lhe suficiente importância social e necessidade de proteção pelo Direito Penal⁷⁵.

O bem jurídico, portanto, apresenta-se como a essência do conceito de crime, o que permite a sua definição material, que servirá de limite e de fundamentação da intervenção punitiva do Estado⁷⁶.

1.8 Escolha do Bem Jurídico a Ser Protegido

Sobre a escolha do bem jurídico a ser tutelado, a ordem jurídica não cria o interesse, ele é criado pela vida, e a proteção do Direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico⁷⁷. Os interesses vitais resultam das relações da vida entre os mesmos indivíduos, ou entre os particulares e a sociedade organizada em Estado, e vice-versa, e a ordem jurídica delimita as esferas de ação (*Machtgebiete*) de que cada um faz da situação da vida (*Lebensverhältnis*), em uma situação do Direito (*Rechtsverhältnis*), a proteção

⁷² PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

⁷³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Traducción de la 2ª ed. Alemã por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 55.

⁷⁴ *Idem, ibidem*, pp. 56-58.

⁷⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014, p. 120.

⁷⁶ OLIVEIRA, Miguel Tassinari. **Bem jurídico-penal e constituição**. Orientador: Marco Antônio Marques da Silva. Dissertação. 2010. 169 f. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, 2010, p. 08. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8941/1/Miguel%20Tassinari%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 04 mai 2025.

⁷⁷ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, pp. 255-256.

jurídica que presta a ordem do Direito aos interesses da vida é a proteção pelas normas (*Normenssachtz*)⁷⁸. Bem jurídico e norma são os conceitos fundamentais do Direito⁷⁹.

Para a proteção do bem jurídico, ocorre a tipificação da conduta como crime em atenção ao princípio da legalidade.

A expressão latina *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legalis* foi formulada em 1810, por Paul Johan Anselm Von Feurbach, e faz referência a *crimen* para o injusto realmente grave contra a pessoa e o Estado, e a *poena* para a punição do injusto grave⁸⁰. Conforme Feuerbach, o princípio da legalidade é uma consequência imediata da teoria da pena, que exerce uma coação psicológica nos cidadãos, e que os leva a abster-se da comissão de delitos⁸¹. A fim de se atingir tal objetivo preventivo, faz-se necessária a descrição prévia, nas normas, das condutas proibidas, bem como das penas correspondentes, sem a qual o potencial delincente não poderia saber sobre o caráter delitivo de seu comportamento. Por meio da tipificação das condutas incriminadas e da consequente ameaça da imposição de uma pena, motiva-se, portanto, os cidadãos para que se abstenham de cometê-las⁸².

Em relação ao princípio da legalidade, a partir de Feuerbach, ao lado de uma conotação política de segurança individual contra o Estado, adquire-se, então, um significado científico. Nesse sentido, Ernest Beling observa que o conteúdo essencial da legalidade não se esgota no requisito formal de reserva de lei, mas comporta, na verdade, múltiplas exigências materiais relativas à própria legislação penal⁸³. A aptidão legitimadora do mencionado princípio possui, assim, uma base política, fundada no caráter imperativo da norma, porém relacionado aos valores sociais. Isso significa que a legalidade deve poder produzir nos destinatários da norma não apenas uma determinação, mas, antes, representar claramente um valor protegido⁸⁴. Em outras palavras, a legalidade, como princípio fundamental, não resulta operativa se assume o papel de um critério simplesmente formal, para concretizar ideais utilitaristas ou que relativizem a política

⁷⁸ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, pp. 255-256.

⁷⁹ *Idem, ibidem*, pp. 255-256.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 150.

⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 150.

⁸² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014, p. 150.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 150-151.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 150.

criminal; deve, ao contrário, buscar elementos materiais relacionados à ideia de legitimidade da intervenção penal⁸⁵.

Com isto, os tipos penais exigem precisão em relação ao injusto penal relacionado com o bem jurídico em questão⁸⁶.

A compreensão material da conduta criminosa não basta para preencher o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, o qual deve também projetar-se dinamicamente no denominado princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*)⁸⁷. A ideia de ofensividade exige a lesão ou o perigo ao bem jurídico tutelado, e a cogitação carece de lesividade, e torna-se impune⁸⁸.

Assim, o tipo penal delimita o setor da realidade social a que, por razões de caráter político-criminal, se atribui caráter delitivo e cuja realização se pretende evitar mediante a ameaça da pena⁸⁹. Porém, se o Direito Penal se relaciona à estrutura social, pois deriva desta, não são as normas jurídicas que estabelecem as relações sociais, mas sim o contrário, isto é, são as estruturas sociais que conferem determinado conteúdo e consistência ao ordenamento⁹⁰. Para que a norma jurídica possa, então, incidir na sociedade como fruto das relações ali estabelecidas que lhe são condicionantes, com o fim de impor mecanismos de controle ou de criar expectativas institucionalizadas de comportamento, é necessário que o tipo penal esteja adequado aos padrões sociais aos quais pretende servir⁹¹.

Levando em consideração o estudo da insignificância que vem desde 1964, quando Claus Roxin formulou uma primeira enunciação, posteriormente reforçada por Klaus Tiedmann, sob a denominação de “delitos de bagatela”⁹², em 1970, Roxin se expressou de forma mais detalhada sobre o princípio, defendeu a imprescindibilidade de uma interpretação restritiva para o fim de atualizar o caráter fragmentário do Direito Penal, de forma a reduzir o âmbito de punição apenas aos casos indispensáveis para a

⁸⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014, pp. 150-151.

⁸⁶ VICENTE MARTINEZ, Rosario de. **El principio de legalidad penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 30.

⁸⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva, *op. cit.*, p. 152.

⁸⁸ CUSSAC, José Luis Gonzales. Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal. **Poder Judicial**, nº 27, septiembre 1992, p. 07.

⁸⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *op. cit.*, p. 157.

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 157.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 157.

⁹² GARCÍA VITOR, Enrique Ulises. **La insignificancia en el derecho penal**. Dogmática, política criminal y regulación procesal del principio. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 20.

proteção de bens jurídicos⁹³. Para tanto, Roxin afirmou a necessidade de adoção, não só da adequação social de Welzel, mas também o da insignificância, que permite excluir a tipicidade de crime com danos de baixa lesividade⁹⁴.

Por fim para Hans Welzel, no contexto finalista, são considerados adequados socialmente os comportamentos que se movem dentro da normalidade da vida, e que não representam uma tipicidade, ainda que tenha ocorrido a afetação de um bem jurídico⁹⁵.

Forte e consolidada doutrina assinala que o conceito de bem jurídico, apesar de todos os últimos estudos e tentativas, ainda não reúne capacidade suficiente para oferecer um catálogo fechado dos bens suscetíveis de tutela penal, o que significaria, diante do legislador, e tendo-se em conta o princípio da legalidade penal, uma simples tarefa de reconduzi-los vinculada e automaticamente a um tipo legal⁹⁶.

Em outras palavras, o referido conceito não está em condições de indicar positiva e concretamente (uma lista fechada de) quais bens são merecedores de tutela penal. Não cumpre, portanto, uma função (ou papel, ou limite) positiva dentro da teoria do delito. Por ora ainda não se chegou a tanto⁹⁷. E é bem possível, em razão das constantes mutações sociais e culturais, que jamais se alcance esse *desideratum*. Não há como concebê-lo, em síntese, apesar dos últimos intentos das teorias constitucionalistas, como um limite vinculante positivo diante do legislador⁹⁸.

⁹³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin editora, 2014, p. 162.

⁹⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972, p. 53.

⁹⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Parte General. Traducción de la 2 ed. Alemã por Diogo Manuel Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vincente Remesal Madrid: Civitas, 1997, pp. 83-84.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 242.

⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 242.

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 242.

2 PENA

2.1 Relação entre o Direito Penal e a Pena

O Direito Penal tem a natureza subsidiária, posto que somente se podem punir as lesões de bens jurídicos que forem indispensáveis para uma vida em comum ordenada⁹⁹.

A função do Direito Penal é a de proteger bens jurídico que representam os valores e os interesses de relevância constitucional ligados explícita ou implicitamente aos direitos e deveres fundamentais, e a intervenção do poder punitivo se realiza para evitar comportamentos, por meio de ações ou omissões, que neguem ou que violem tais valores¹⁰⁰.

A conexão entre a Constituição e o Direito Penal não se reduz ao estabelecimento, por aquela, de limites materiais ao Direito de punir. A Constituição é fonte valorativa e fundamento normativo do Direito Penal incriminador, e funciona não apenas para proibir, como também para legitimar, e, eventualmente, impor, de maneira determinada e determinável, a proteção jurídico-penal dos bens jurídicos, notadamente quando conectados à categoria dos direitos investidos da nota de fundamentalidade¹⁰¹.

Uma boa legislação possui o dever de proporcionar aos cidadãos o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que possa haver, apresentando, assim, meios de prevenir crimes¹⁰².

Ao elaborar tipos penais incriminadores, deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais¹⁰³.

Ela exige do legislador penal o saber *empírico* e a utilização deste saber na formulação da punibilidade e na estipulação das consequências jurídico-penais¹⁰⁴.

Para tanto, as aflições penais, conforme Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Blackstone, Filangieiri, Hume, Bentham e von Humboldt, são preços necessários para

⁹⁹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª edição. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Imprensa: Lisboa, Vega, 2004, p. 28.

¹⁰⁰ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 40.

¹⁰¹ FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. *In*: WUNDERLICH, Alexandre. (Coord.) **Política Criminal Contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 228.

¹⁰² BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, [s.d], p. 94.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

¹⁰⁴ HASSEMER, Winfrid. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 57.

impedir males maiores, e não servem tais aflições para a proteção da ética ou da religião, ou, ainda, para vingança¹⁰⁵.

A sanção penal imposta pelo Estado ao autor da infração penal serve como retribuição ao delito perpetrado e para prevenção a novos crimes¹⁰⁶.

A imposição da pena privativa de liberdade é, portanto, a intervenção mais forte na liberdade do indivíduo autorizada pelo Estado por meio do ordenamento jurídico¹⁰⁷, pois a culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena¹⁰⁸.

Feuerbach entende que é através do Direito Penal que se pode combater a criminalidade com a cominação da pena, o que serve de aviso aos membros da sociedade sobre quais são as ações injustas contra as quais se reagirá com pena; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, fica cumprida a ameaça realizada¹⁰⁹.

2.2 Finalidade da Pena

Sobre a pena, Heiko Lesch a define como sendo um mal imposto a uma pessoa, por meio de um processo público conduzido pelo Estado, como reprovação a uma lesão a uma regra jurídica imputável a esta pessoa¹¹⁰.

Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos, para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma “coação psicológica”, com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo que ocorre quando se calcula se vale a pena praticar o crime, diante da possibilidade da pena a ser imposta efetivamente¹¹¹.

Até mesmo o Papa Pio XII se manifestou sobre a necessidade da punição, devendo ainda mais ser severa diante da gravidade do delito: “É desejável que ao menos os delitos mais graves sejam punidos em todas as partes e, se possível, de maneira igualmente

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 242.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. GUNTHER, Arzt. TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 04.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. **Sentido y límites de la pena estatal**. Problemas básicos del Derecho penal. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 12.

¹⁰⁹ LOPEZ, Angel Torio. El sustrato antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense** (separata), n. 11, Madrid, 1986, p. 675.

¹¹⁰ LESCH, Heiko. **La función de la pena**. Trad.: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid: Dykinson, 1999, p. 04

¹¹¹ *Idem, ibidem*, p. 675.

severa, de forma que os culpáveis não possam em nenhum lugar subtrair-se ou serem subtraídos à punição”¹¹².

No mesmo sentido, Luciano Feldens aponta que o Direito Penal, como instrumento de proteção e de controle social, deve não apenas reforçar sua perspectiva fragmentária no âmbito da eleição dos bens jurídicos, e passar a identificá-los, precipuamente, com os valores mais caros reinantes na sociedade, mas, também, incrementar a sua função protetiva a essas objetividades, mediante a imposição de sanções mais graves do Direito Penal aos crimes mais graves¹¹³.

A realidade social precede a identificação do bem jurídico que exige a proteção penal, e é produto do processo comunicativo que ocorre na sociedade exposto a permanente revisão crítica e rediscussão democrática¹¹⁴.

A pena, em primeira análise, tem por fundamento e finalidade reafirmar os valores impostos pelas normas vigentes, para aquietar o espírito da vítima, para que não se volte contra o delinquente, bem como voltar os olhos à justa punição, que, como já exposto, retribui, previne e busca a ressocialização¹¹⁵.

O pressuposto antropológico supõe um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena, e a pena é o fato impeditivo dos impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito, já que exerce uma coerção psicológica¹¹⁶.

Portanto, a tarefa do criador da norma penal é, com base na proporcionalidade das sanções penais destinadas aos crimes praticados, estipular as penas¹¹⁷.

2.3 Pena e Proporcionalidade

Em matéria penal, segundo Hassemer, a exigência de proporcionalidade deve ser determinada mediante “[...] um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o

¹¹² PIO XII, Papa. **Discurso de Su Santidad Pío XII a los Participantes en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal**, datado de 3 de outubro de 1953, [n.p.]. Disponível em: https://www.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1953/documents/hf_p-xii_spe_19531003_diritto-penale.html Acesso em 27 abr. 2025.

¹¹³ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

¹¹⁴ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 67.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 54-55.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I** – 20ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, p. 38.

fim perseguido pela cominação penal”¹¹⁸, pois o princípio da proporcionalidade é “[...] uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas”¹¹⁹. Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade, na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – abstrato (legislador) e concreto (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada¹²⁰. A proporcionalidade aludida consta em praticamente todas as modernas Constituições¹²¹.

A exigência de proporcionalidade entre delito e pena já constava no art. 8º da Declaração de Direito e Deveres do Homem e o Cidadão, de 22 de agosto de 1795:

Artigo 8º- A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”¹²².

Antonio Carlos da Ponte expõe sobre a proporcionalidade entre o crime e a pena:

O princípio da proporcionalidade prega que na relação entre infração penal e pena deva existir um equilíbrio abstrato feito pelo legislador – daí a necessidade de comunicação entre o mínimo e o máximo legal, e o concreto realizado pelo juiz de direito, que deverá fixar o patamar considerado como justo a título de reprimenda, tomando por referência o bem jurídico atingido e a intensidade em que se deu a violação¹²³.

A individualização do *quantum* da pena será feita, então, na elaboração do tipo penal, dentro dos critérios de proporcionalidade fixados de antemão pelo constituinte¹²⁴, bem como no momento da aplicação da pena na sentença penal condenatória.

Sobre a importância da pena, Muñoz Conde acredita que, sem a pena, não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias¹²⁵.

¹¹⁸ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Sapatero, Barcelona, Bosch, 1984, p. 279.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 279.

¹²⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 122.

¹²¹ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal: parte general**. Editorial Tirant lo Blanch. 1999, p. 65.

¹²² DECLARAÇÃO DOS Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. **ufsm.br, 2025**. <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em 04 mai 2025.

¹²³ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80.

¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

¹²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 33.

2.4 História da Pena de Prisão

A pena de prisão é instituto recente na história do Direito Penal.

Antes, o homem primitivo encontrava-se muito ligado à sua comunidade, pois, fora dela sentia-se desprotegido, à mercê dos perigos imaginários. Essa ligação refletia-se na organização jurídica primitiva, baseada no chamado vínculo de sangue, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam descendência comum¹²⁶.

Do vínculo de sangue se originava a chamada vingança de sangue, definida por Erich Fromm como “[...] um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto”¹²⁷.

Tal vingança, de forma simbólica, tinha o poder de desfazer a ação do malfeitor, por meio de sua própria destruição ou banimento do grupo. Retratava o sentimento coletivo de repulsa ou represália que se expressava no grupo contra o agressor, gerado pela frustração ocasionada pela ofensa¹²⁸.

A vingança de sangue, contudo, porquanto desvinculada de um poder central e sem nenhum controle externo de sua extensão, tornava-se interminável e gerava guerras infundáveis entre as famílias, em prejuízo da própria comunidade, que ficava enfraquecida, principalmente diante de guerras externas¹²⁹.

Algumas vezes, a vingança atingia não só os combatentes, mas também as crianças e as pessoas doentes, e até coisas e animais. Por essa razão, passou posteriormente a ser regulamentada e administrada por um poder central. Pouco a pouco, o particular foi impedido de exercer a vingança, para impedir as guerras intermináveis, e passou a constituir crime o fazer justiça por mãos próprias¹³⁰.

Dessa óptica, na pena estatal estaria canalizado o instinto de vingança, que desenvolveu uma função psicológica profunda sobre a sociedade, e satisfaz a necessidade das demandas inconscientes do coletivo¹³¹.

¹²⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duck. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 09-10.

¹²⁷ *Idem, ibidem*, pp. 09-10

¹²⁸ *Idem, ibidem*, p. 11.

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 11.

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 11.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 13.

A Pena de Talião aparece nas leis mais remotas, como o Código de Hamurabi, na Babilônia, de XXIII a.C. Por essa norma penal, se alguém tira um olho de outrem, também perderá um olho, bem como previa outras penas cruentas: cortar a língua, arrancar os olhos e cortar as orelhas¹³². Trata-se de importante regra, que consagrava a proporcionalidade entre o crime e a pena.

A legislação mosaica igualmente adotou o talião, que vinha indicado em versículo do Êxodo e do Levítico: “Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”. Também os romanos, através da Lei das XII tábuas, acolhiam o talião¹³³.

As penas cruéis e autoritárias, como pena de morte, a escravidão nas galés, as torturas impiedosas, os castigos corporais aviltantes; somente no século XVIII é que começaram a ser mais vigorosamente execradas através dos enciclopedistas e de obras como O Espírito das Leis, de Montesquieu, e O Contrato Social, de Rousseau, além dos vociferantes protestos de Diderot, D’Holbach, Bentham, Emmanuel Kant e tantos mais; protestos em favor da humanização dos costumes e do próprio Direito Penal¹³⁴.

Os açoites, o desterro e a execução foram os principais instrumentos da política social na Inglaterra até a metade do século XVI (1522), até que as condições mudaram (socioeconômicas, especialmente)¹³⁵.

Para defender-se da criminalidade crescente, as cidades criaram as instituições de correção (em Londres foi utilizado o castelo de Bridwell, para recolher os vagabundos, ladrões e autores de delitos menores), que tinham por objetivo a reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. A partir dessa experiência, surgiram, em vários locais da Inglaterra, as *houses of correction* ou *bridwells*, que tiveram seu auge na segunda metade do século XVII¹³⁶. A partir de 1697, com similares propósitos, surgem as *workhouses*, que também proliferam rapidamente pela Inglaterra. Também em Amsterdã foram criadas casas de correção (séculos XVI e XVII), que, como as inglesas, destinavam-se à pequena delinquência. Aos delitos mais graves continuaram a ser aplicadas as outras penas: exílio, açoite etc¹³⁷

¹³² FERNADES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 590.

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 590.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 560.

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 24-25.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, pp. 24-25.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, pp. 24-25.

Inicialmente prevista para determinados tipos de delitos, ou como forma de possibilitar a execução de outros tipos de pena (trabalhos forçados), rapidamente vai se tornando a pena de prisão a forma essencial de castigo¹³⁸, o que ocorre até o presente momento.

Passam a ser construídos os grandes presídios, na forma de prédios fechados, nos quais os presos são vigiados e coordenados por forte e hierarquizada estrutura administrativa¹³⁹.

Com o aparecimento em massa de presídios destinados ao cumprimento da pena, passa a pena privativa de liberdade a ter conotação corretiva e de reinserção social futura, sanados os defeitos, através do trabalho e da reflexão, sendo que o modelo inglês propunha o cumprimento da pena de forma isolada para reflexão do condenado, bem como o trabalho para custeio das despesas e para a ocupação e aprendizado do preso para que houvesse a correção moral e ética deste¹⁴⁰.

Para obtenção de tais efeitos, nos presídios, ao se seguir o modelo inglês, a pena era executada em isolamento, através do qual imaginava-se fosse o condenado descobrir em si a voz do bem. Pelo trabalho isolado, buscava-se inserir no preso a noção de utilidade (o homem ocupado não pratica crimes)¹⁴¹. Ademais, o trabalho permitia o custeio das despesas da prisão e proporcionava ocupação e aprendizado. A cela destinava-se à reflexão. Propunha-se a submissão do preso como forma de alcançar a correção (transformação) moral e ética¹⁴².

Anote-se que o isolamento, inicialmente proposto, na prática foi pouco utilizado, e, no presídio de Gloucester e, posteriormente, no modelo de Filadélfia, só havia confinamento total dos criminosos mais perigosos, ou dos que mereciam punição; aos demais era permitido o trabalho conjunto durante o dia e a separação à noite¹⁴³.

É assim, com o surgimento maciço de penitenciárias, que se observa o aparecimento de uma preocupação efetiva com a execução da pena, que passa a ter caráter essencialmente preventivo e curativo. Aos presos com bom comportamento, podia ser alterada a duração da detenção, a pedido da administração do presídio¹⁴⁴.

¹³⁸ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

¹³⁹ *Idem, ibidem*, p. 48.

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 49.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 49.

¹⁴² *Idem, ibidem*, p. 49.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 49.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 49.

Ao entrar no sistema prisional, o preso deveria ficar ciente das razões da prisão, do mal causado à sociedade com o delito, da necessidade de compensar os danos pelo exemplo e emenda e, também, para que se comprometesse a cumprir os deveres que lhe seriam impostos, para que ele se tornasse consciente dos benefícios que podia alcançar com o bom comportamento¹⁴⁵.

Surge a preocupação com a execução individualizada da pena – o castigo, sua duração, natureza e caráter devem adequar-se à realidade individual¹⁴⁶.

No início do século XIX, a prisão torna-se a forma essencial de execução da pena, a detenção torna-se a pena por excelência, e relega ao esquecimento todas as outras formas de punição imaginadas pelos reformadores do século XVIII¹⁴⁷.

Ferrajoli resume bem a história da prisão:

A pena privativa de liberdade é, entretanto, uma pena caracteristicamente burguesa. É verdade que a prisão é uma instituição antiquíssima. A prisão Tuliana, chamada depois de Mamertina, e descrita por Salustio e Lívio: segundo a lenda, foi construída em Roma pelo rei Anco Márcio para infundir temor à plebe, e mais tarde ampliada por Sérvio Túlio. Em Roma, estavam previstas, ainda, dentre as diversas penas capitais, a *damnatio ad metalla*, quer dizer, a de trabalhos forçados, e a *deportatio in insulam*, e, entre as penas não capitais, a *relegatio*, que podia ser *ad tempus* ou *in perpetuum*. Mais tarde, o imperador Zenon estabeleceu o caráter exclusivamente público da reclusão carcerária, proibindo qualquer forma de cárcere privado; e Justiniano reafirmou que ninguém podia ser encarcerado sem uma ordem dos magistrados. No entanto, na época romana a detenção propriamente dita não teve em geral uma função punitiva: “*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*”, afirmou Ulpiano. E mesmo durante toda a Idade Média sua função continuou sendo precipuamente a cautelar de prender os imputados durante o tempo necessário para o processo, com o fim de confiá-lo à justiça e impedir sua fuga; também foi prevista sua imposição às mulheres e aos doentes como pena alternativa à prisão. A prisão como pena em sentido estrito próprio nasceu no seio das corporações monásticas da Alta Idade Média, recebendo o apoio da Igreja católica com os decretos de Inocêncio III e de Bonifácio VIII, em razão da sua específica adequação às funções penitenciais e correcionalistas, tendo-se afirmado com pena perpétua ou temporal somente nos séculos XVII e XVIII: com modalidades, primeiramente, ainda mais ferozmente aflitivas que a pena de morte e, depois, graças sobretudo à experiência americana das casas de trabalho e do sistema celular, na moderna forma privativa. Mas somente no século passado a pena carcerária chegou a se converter na

¹⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 19ª ed. Petrópolis, Vozes, 1999, p. 112.

¹⁴⁶ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 50.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 50.

principal das penas, estendendo-se progressivamente a todas as demais¹⁴⁸.

2.5 Escolas Penais

Para a compreensão do Direito Penal, das penas e da prisão, surgiram as Escolas Penais.

Para a Escola Clássica, de inspiração iluminista, a pena é um castigo justo, na medida em que o crime tenha sido cometido voluntária e conscientemente, e não é, portanto, um remédio contra o delito¹⁴⁹.

Para a Escola Clássica, o delito é consequência exclusiva da vontade do infrator; o livre-arbítrio é o fundamento da responsabilidade moral do delinquente; a responsabilidade moral é o assento da responsabilidade penal; a severidade da pena deve variar conforme o grau da responsabilidade moral¹⁵⁰.

Com a obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, de 1764, tem início a Escola Clássica do Direito Penal.

O termo “Escola Clássica”, tão difundido hoje para caracterizar o pensamento contratualista, foi uma criação de Enrico Ferri, defensor da “escola positivista”, que o fez de forma pejorativa, para se reportar aos pensamentos que lhe eram contrários¹⁵¹. A Escola Clássica pode ser dividida em dois períodos: o filosófico, ou teórico, cujo maior expoente foi Beccaria, considerado o pioneiro do Direito Penal liberal, e o jurídico, ou prático, com Francesco Carrara, considerado o pioneiro da dogmática penal¹⁵².

Baseado no contrato social, de Jean-Jacques Rousseau, Beccaria defendia que o homem cederia mínima parcela de sua liberdade em prol da existência comum, e assim o fazia apenas por necessidade¹⁵³. Defensor ferrenho do livre-arbítrio, acreditava que somente as leis poderiam fixar as penas de cada delito, e o direito de fazer as leis penais é do legislador, que representa toda a sociedade reunida por um contrato social e, por isto,

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 359-360.

¹⁴⁹ FERNADES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 561.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 562.

¹⁵¹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Justiça penal: história e teorias da pena**. 1ª ed. (ano 2019). São Paulo: Independently published, 2019, p. 43.

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 43.

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 44.

não poderia o magistrado ser mais severo do que a lei, pois seria injusto, já que acrescentaria castigo novo ao já determinado¹⁵⁴.

A Escola Clássica encontrou seu grande representante e consolidador em Carrara, que se manifestou contrário à pena de morte e às penas cruéis, e afirmava que o crime seria fruto do livre-arbítrio do ser humano, e deveria haver proporcionalidade entre o crime e a sanção aplicada¹⁵⁵.

Jeremias Bentham, outro expoente da Escola Clássica, adotava o critério da utilidade das penas. Segundo ele, o Estado deveria lucrar com a imposição do castigo, no sentido de evitar novos delitos, pois, embora defendesse a função retributiva da pena, na linha do pensamento clássico, sustentou sua medida na necessidade de prevenção geral, com critérios também voltados para a individualização¹⁵⁶.

A obra de Bentham também ficou marcada pelo seu projeto de prisão em círculo, denominado panóptico, em que os detentos eram colocados em celas sempre direcionadas para o centro. Esse formato permitia a economia com funcionários e mantinha a visibilidade total e permanente dos detentos¹⁵⁷.

A Escola Antropológica situa a pena como meio de defesa social, não como mero castigo imposto ao criminoso. Defendem os adeptos da Escola Antropológica que, se não possuir o livre-arbítrio, nenhum homem é moralmente responsável por seus atos, mas todos são socialmente responsáveis, porque vivem em sociedade e, com isto, a pena não representa a expiação do mal pelo castigo merecido, mas a defesa social pela prevenção dos delitos, o que implica dizer, pela neutralização dos indivíduos inassimiláveis¹⁵⁸.

Passou-se a considerar que a responsabilidade penal se fundava na responsabilidade moral, justamente porque se deu ênfase ao livre-arbítrio. O crime passou a ser tratado como um ente jurídico, e não como um simples fato do homem. O escopo da pena era retribuir o mal do crime com o mal da sanção, embora pudesse haver – e até fosse desejável que ocorresse – a emenda do infrator¹⁵⁹.

Com a publicação do livro *O homem delinquente* (1876), de Cesare Lombroso, cravou-se o marco da linha de pensamento denominada Escola Positiva. Lombroso

¹⁵⁴ SANTORO, Luciano de Freitas. **Justiça penal: história e teorias da pena**. 1ª ed. (ano 2019). São Paulo: Independently published, 2019, p. 44.

¹⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 65.

¹⁵⁶ SANTORO, Luciano de Freitas, op. cit., p. 45.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 45.

¹⁵⁸ FERNADES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 590.

¹⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 66.

sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinquente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, o que trazia como consequência o crime, algo naturalmente esperado. Não haveria livre-arbítrio, mas simples atavismo¹⁶⁰.

O autor baseou sua obra no estudo da frenologia (ciência que estuda a pessoa, com base na característica do crânio), fisionomia (arte de conhecer o caráter da pessoa pela sua fisionomia) e antropologia (que descreve o ser humano com características biológicas)¹⁶¹. A Escola Positiva deslocou o estudo do Direito Penal para o campo da investigação científica, o que proporcionou o surgimento da antropologia criminal, da psicologia criminal e da sociologia criminal, o que foi muito interessante. Ferri e Garofalo foram discípulos de Lombroso e grandes expoentes da Escola Positiva, sobretudo o primeiro. Defendeu Ferri que o ser humano seria responsável pelos danos que causasse simplesmente porque vivia em sociedade. Negou terminantemente o livre-arbítrio, defendido pela Escola Clássica. Assim, o fundamento da punição era a defesa social. A finalidade da pena consubstanciava-se, primordialmente, na prevenção a novos crimes¹⁶².

O criminoso era visto e entendido como um ser anormal, fadado a cometer crimes, e tão logo violasse a norma, era considerado criminoso e, portanto, um ser anormal e que despertaria interesse quando começasse a representar um perigo para a sociedade¹⁶³.

Para os positivistas, não havia diferença entre a sanção penal e a medida de segurança, pois a finalidade da pena não era retributiva; ao contrário, era exclusivamente preventiva, de segregação, anulação do delinquente, com a consequente proteção da sociedade¹⁶⁴.

A Escola Positiva exerceu forte influência sobre o campo da individualização da pena, princípio que rege o Direito Penal até hoje, e levava em consideração, por exemplo, a personalidade e a conduta social do delinquente para o estabelecimento da justa sanção¹⁶⁵.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 66-67.

¹⁶¹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Justiça penal: história e teorias da pena**. 1ª ed. (ano 2019). São Paulo: Independently published, 2019, p. 46.

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, pp. 66-67.

¹⁶³ SANTORO, Luciano de Freitas, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, pp. 46-47.

¹⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, p. 67.

Entre as principais características da Escola Positiva destacam-se: crime como realidade fenomênica; responsabilidade social do homem; periculosidade do homem; sanção como instrumento de defesa social, e não como castigo¹⁶⁶. Entendia o delinquente como uma espécie do gênero humano que dificilmente se recuperaria e, por isso, não poderia haver limite para sua sanção, e que poderia retornar ao convívio social somente quando não representasse mais qualquer risco à sociedade¹⁶⁷.

Ambas as escolas merecem críticas, justamente por serem radicalmente contrapostas. Enquanto a Clássica olvidava a necessidade de reeducação do condenado, a Positiva fechava os olhos para a responsabilidade resultante do fato, pois fundava a punição no indeterminado conceito de periculosidade, e conferia poder ilimitado ao Estado, ao mesmo tempo em que não resolvia o problema do delinquente ocasional, portanto, não perigoso¹⁶⁸.

Manuel Carnevale dá início a uma corrente eclética, com a publicação, ainda em 1891, do artigo *Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia*. Entre seus adeptos, podem ser citados Bernadino Alimena e Giovanni Battista Impallomeni. Trata-se de uma concepção que buscava conciliar os postulados extremados das duas escolas anteriores, sem romper por completo com as orientações predecessoras, e que foi denominada de Escola Crítica¹⁶⁹.

A *Terza Scuola* adere ao princípio da responsabilidade moral sem fundamentá-la no livre-arbítrio, aceita a distinção entre imputáveis e inimputáveis, bem como entre pena e medida de segurança, já que o fim da pena seria a defesa social¹⁷⁰.

O correccionalismo não teve sua origem na Espanha, embora tenha tido nesse país maior influência. De fato, foi Karl David August Röder o expositor penal da teoria de Krause. Para esse professor alemão, o Direito era um conjunto de condições dependentes da vontade livre, para cumprimento da vontade do homem, e o Estado era obrigado a promover a adaptação do criminoso à vida social e, inclusive, à sua emenda íntima pelo tempo que fosse necessário para corrigir o criminoso¹⁷¹.

¹⁶⁶ SANTORO, Luciano de Freitas. **Justiça penal: história e teorias da pena**. 1ª ed. (ano 2019). São Paulo: Independently published, 2019, pp. 46-47.

¹⁶⁷ *Idem, ibidem*, pp. 46-47.

¹⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 67-68.

¹⁶⁹ SANTORO, Luciano de Freitas, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I** – 20ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91

¹⁷¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 1, atual. por Adalberto José Q. T de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 34.

Dorado Monteiro defendeu a implantação de métodos corretivos e tutelares com o fim de tratar, redimir o criminoso, para que pudesse ele, então, curado, retornar à sociedade. A finalidade da pena seria a emenda moral do criminoso, com a consequente imposição pela sociedade de seus valores morais e éticos¹⁷². O delito seria apenas um sintoma de anormalidade psíquica do delinquente, que demonstrava a obrigação do Estado em corrigi-lo, mediante tratamento (médico-pedagógico), para que pudesse conviver em sociedade, razão pela qual se fazia necessário invadir outras áreas do conhecimento, como a antropologia, a sociologia e a psicologia¹⁷³.

A Escola Penal Humanista, idealizada por Vincente Lanza, defendia que o delito é uma violação moral, e que a pena teria o caráter educativo.

A Escola Técnico-Jurídica teve como propulsor Arturo Rocco, que enfatizou o aspecto jurídico do crime, afastando-se dos aspectos antropológicos e sociológicos do delito.

O Movimento de Defesa Social, iniciado por Adolphe Prins, defendia a reabilitação do autor do delito como meio de proteção da sociedade e negava a responsabilidade moral do delinquente. Teve, também, como pensadores, Marc Ancel, que defendia a ressocialização do delinquente, e não a sua neutralização, e Filippo Gramática, que defendia que o Direito Penal deveria ser substituído por um Direito de Defesa Social, com imposição de medidas sociais ao delinquente, no lugar da pena.

No início da década de 90, com a repercussão da imprensa norte-americana de crimes bárbaros que vitimaram crianças e adolescentes, entre eles crimes sexuais e contra a vida de menores, em regra praticado por reincidentes, iniciou-se o movimento que acabou conhecido como “*Three strikes law*”.

Em síntese, trata-se da adoção de um sistema que permite isolar da sociedade condenados por crimes graves e violentos, desde que reincidentes na prática delitiva, aplicando-se a eles penas elevadíssimas ou perpétuas, com ou sem a possibilidade de livramento condicional¹⁷⁴. Cada Estado norte-americano adotou um critério diferente, como ser necessária reiteração criminosa por duas ou três vezes, ser ou não último crime violento, punir com prisão perpétua ou de longa duração, obter-se ou não o livramento

¹⁷² SANTORO, Luciano de Freitas. **Justiça penal: história e teorias da pena**. 1ª ed. (ano 2019). São Paulo: Independently published, 2019, p. 50.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 50.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 66.

condicional e, em caso positivo, qual o prazo mínimo de cumprimento da pena de prisão para ser pleiteada a liberdade¹⁷⁵.

Sobre a prisão perpétua, a Suprema Corte norte-americana, “[...] por reiteradas oportunidades, ao apreciar a legalidade deste tipo de pena, ressaltou que sua imposição não ofende o disposto na Oitava Emenda (1791) da Constituição dos Estados Unidos da América”, ou seja, sua aplicação não ofende o princípio da proporcionalidade, já que não seria considerada pena cruel ou incommum¹⁷⁶.

A “*Three strikes law*” também foi objeto de análise pela Suprema Corte norte-americana e reconhecida sua constitucionalidade, como no caso *Ewing v. Califórnia* (2003). Todavia, nos casos, *Jackson v. Hobbs* (2012) e *Miller v. Alabama* (2012), aquela Suprema Corte entendeu que, por se tratarem de menores de 18 anos, não seria permitida a imposição de pena de prisão perpétua sem a possibilidade de se obter livramento condicional, ou dito de outra forma, esta rigorosa lei pode ser imposta inclusive a jovens, desde que exista a possibilidade de se obter livramento condicional em algum momento de sua vida, e pouco importa se será em 25, 30, 40 ou 50 anos¹⁷⁷.

2.6 Teorias da Pena

2.6.1 Teorias absolutas e relativas

Sobre a pena, há as teorias absolutas e relativas.

A teorias absolutas têm o caráter retribucionista, pois concebem a pena como retribuição do delito, e não há qualquer vinculação da pena a uma finalidade que não seja o castigo. Já as teorias relativas, com caráter utilitarista, consideram e justificam a pena só como um meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos, que, para as teorias preventivas que são “relativas”, a justificação da pena depende da finalidade que ela realiza¹⁷⁸.

A chamada teoria absoluta (correspondente à retribuição) tem importante contribuição à formulação da teoria da pena: a limitação da pena à culpabilidade do

¹⁷⁵ SANTORO, Luciano de Freitas. **Justiça penal: história e teorias da pena**. 1ª ed. (ano 2019). São Paulo: Independently published, 2019, p. 66.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 66.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 66.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 253.

agente, pois, ao fundamentar a pena na ideia de proporção entre os males, reivindicou, de certa forma, que cada pessoa fosse tratada de acordo com o crime cometido¹⁷⁹.

Para a teoria absoluta, a razão de ser da sanção penal está no passado, no crime cometido pelo agente, que uma exigência de ordem religiosa, moral ou jurídica força o castigo, ao passo que, para as teorias relativas, aquela razão de ser está no futuro, na prática de novos crimes, que o Estado tem o dever de prevenir¹⁸⁰.

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, e a a pena é justificada pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*¹⁸¹.

A exigência da pena, para as teorias absolutas, surge da ideia de justiça ou da vontade geral refletida moralmente, e para as teorias relativas ela surge da tendência dos homens em lesar os demais – prevenção geral -, e de formação individual refletida no delito cometido – prevenção especial¹⁸².

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se “[...] no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual”¹⁸³.

Entre os defensores das teses absolutistas ou retribucionistas da pena destacaram-se dois dos mais expressivos pensadores do idealismo alemão: Kant, cujas ideias a respeito do tema que examinamos foram expressas em sua obra, *A metafísica dos costumes*, e Hegel, cujo ideário jurídico-penal se extrai de seus *Princípios da Filosofia do Direito*. Além de Kant e Hegel, a antiga ética cristã também manteve uma posição semelhante¹⁸⁴.

Para Kant, a lei é um imperativo categórico, e a imposição da pena decorre do desrespeito à lei, ao passo que Hegel entende que a pena é a negação da negação do Direito¹⁸⁵.

¹⁷⁹ SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

¹⁸⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo III. 4ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984, p. 34.

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 2000, p. 253.

¹⁸² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª edição alemã de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2005, p. 372.

¹⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I – 20ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 134-135.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 135.

¹⁸⁵ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 54.

Kant sustentava que a pena era a retribuição justa desprovida de finalidade, que representava a causação de um mal como compensação à infração penal cometida. Se o ser humano pode ser considerado moralmente livre, com capacidade de se autodeterminar, natural se torna sofrer punição pelo que faz de errado¹⁸⁶. Kant formula esta teoria do modo mais expressivo: “[...] mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se (v.g., o povo que vive numa ilha decidia separar-se e dispersar-se por todo o mundo), teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus atos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo”¹⁸⁷.

Hegel, por sua vez, embora inserido na mesma corrente, possuía visão diferenciada, afirmava que a pena deveria ser considerada retribuição apenas no sentido de que se contrapunha ao crime¹⁸⁸.

Para a dialética hegeliana, “a pena é a negação da negação do Direito”. O crime é negado pelo sofrimento da pena que, por sua vez, restabelece a ordem jurídica violada pelo crime¹⁸⁹.

A conhecida fórmula dialética de Hegel sobre a essência da pena como uma negação da negação do direito – tal como é apresentada historicamente -, significa que o crime é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado¹⁹⁰.

Hegel tem o seguinte entendimento:

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito¹⁹¹.

¹⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 65; ROXIN, Claus. GUNTHER, Arzt. TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 09.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 64.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 65.

¹⁸⁹ BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 54.

¹⁹⁰ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª edição. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Imprensa: Lisboa, Vega, 2004, pp. 16-17.

¹⁹¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 87.

Hegel, sem deixar de defender a retribuição, não vê o fundamento moral kantiano como motivo para o restabelecimento do direito, ou compensação do direito a razão do punir, ao considerar o crime como a negação do direito e a pena como negação da negação¹⁹².

Há uma diferença entre Kant e Hegel, pois, para Kant, a justificação da pena é de ordem ética, com base no valor moral da lei penal infringida pelo autor culpável do delito, ao passo que, para Hegel é de ordem jurídica, com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal diante da sua violação¹⁹³.

O pensamento de Hegel, ao contrário de Kant, busca não um conceito imutável de pena, mas, sim, um conceito relacionado com sua teoria de Estado. A fundamentação hegeliana da pena é – ao contrário da kantiana – essencialmente jurídica, na medida em que, para Hegel, a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente.

A segunda corrente (Beccaria, Feuerbach, Carmignani, entre outros), considerada relativa – teorias relativas -, entendia que a pena deveria ter um fim utilitário, consistente na prevenção geral e especial do crime¹⁹⁴.

Há consenso na doutrina para admitir, no que diz respeito à finalidade da pena, que as teorias preventivas são “relativas”, voltadas a fins – a justificação da pena depende da finalidade que ela realiza -, enquanto as teorias retributivas são “absolutas”, desvinculadas de qualquer fim¹⁹⁵.

Para Ferrajoli:

Teremos quatro tipos de doutrinas relativistas ou utilitarista, caracterizadas, respectivamente, pelas quatro finalidades preventivas subdescritas, ou seja: aa) doutrinas da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à

¹⁹² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 87.

¹⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 254.

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 65.

¹⁹⁵ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio de exemplos ou da ameaça que a mesma constitui¹⁹⁶.

Para a teoria retributiva, basta que o injusto e a culpabilidade sejam retribuídos justa, equitativa e proporcionalmente e que o delinquente expie seu delito¹⁹⁷.

Para as teorias relativas, a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas para prevenir a sua prática. Enquanto o castigo é imposto ao autor do delito, nas teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir¹⁹⁸.

Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos, daí porque são conhecidas como teorias utilitaristas ou como teorias preventivas¹⁹⁹.

Os adeptos da teoria relativa emprestam à pena finalidade política e de utilidade, e a consideram como instrumento de prevenção de outros delitos: *punitur ne peccatur*²⁰⁰.

Assim, na teoria retributiva, concebe-se a culpabilidade como desvantagem para o agente, pois, se a culpabilidade deve ser compensada com a pena, é a culpa que legitima que lhe seja imposto um mal. De certa forma, a medida da pena é o crime: o mal da pena deve ser equivalente ao mal causado pelo crime²⁰¹.

Observe-se que, para Bettiol, a pena retributiva tem por ideal educar a massa dos cidadãos, mas que esse não é um fim seu, senão seu efeito.

O Direito é um instrumento de elevação moral das massas enquanto contribui para sua educação. [...] todas as vezes que se superam os limites e as exigências da retribuição, o Direito penal acaba por vingarse e se converte em um meio inidôneo de profilaxia social²⁰².

2.6.2 Teorias preventivas

2.6.2.1 Prevenção

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 245.

¹⁹⁷ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 53-54.

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 258.

¹⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 258.

²⁰⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba, Juruá, 2008, p. 145.

²⁰¹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes, *op. cit.*, p. 55.

²⁰² BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Trad. Jose Luiz Guzman Dalbora. Buenos Aires: Depalma, 1995, pp. 188-189.

A prevenção visa prevenir a ocorrência de futuros delitos, em uma visão que a torna útil à sociedade, servindo de exemplo para a coletividade (prevenção geral), e incidindo sobre o criminoso para o seu retorno ao convívio social (prevenção especial)²⁰³.

As teorias preventivas dividem-se em especiais e gerais. As primeiras dirigem-se exclusivamente ao delinquente, com o objetivo de que este não torne a transgredir, seja pela sua reeducação ou socialização, seja pela sua segregação do meio social²⁰⁴. As segundas dirigem-se à coletividade de modo geral, com o intuito de impedir a ocorrência de crimes futuros, seja pela intimidação, seja pela reafirmação do direito perante a comunidade²⁰⁵.

Dessas teorias, surge a denominada teoria mista, ou unificadora, com o objetivo de conciliar as finalidades retributivas e preventivas da pena, diante da insuficiência de que cada uma possa surtir efeitos isoladamente²⁰⁶. Nessa linha de raciocínio, o caráter retributivo da pena, por exemplo, não afasta a necessidade de segregação do delinquente, nem sua possível socialização. Além disso, permanece na pena sua função preventiva, pela intimidação dirigida à coletividade²⁰⁷.

Entende-se que só as teorias relativas são compatíveis com um Estado que tem por função preservar o indivíduo de intromissões em sua esfera íntima, em sua liberdade e personalidade, e garantir o convívio social pacífico²⁰⁸. Mais detalhadamente, explica Ferrajoli que, em razão de ser o Estado de Direito laico e liberal, o Direito e o Estado não só não possuem nem encarnam valores meramente como tais, tampouco devem ter fins morais desvinculados dos interesses das pessoas, e menos ainda ser fins em si mesmos, justificando-se só pelo conteúdo de perseguir fins de utilidade concreta em favor dos cidadãos e, principalmente, de garantir seus direitos e sua segurança²⁰⁹.

Com a prevalência da teoria preventiva, deixa de ser a retribuição o fundamento da reação estatal, e passa a pena ter caráter utilitário e voltado para o futuro²¹⁰.

²⁰³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 45.

²⁰⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duck. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 137.

²⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 137.

²⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 137.

²⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 137.

²⁰⁸ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 56.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*, pp. 56.

²¹⁰ *Idem, ibidem*, pp. 56-57.

2.6.2.2 Teoria da prevenção geral

A teoria da prevenção geral dirige-se a toda a coletividade de modo geral, com o intuito de impedir a ocorrência de crimes futuros, e pode ser alcançada por meio da intimidação, pela ameaça da pena, e, neste caso, está-se diante da prevenção geral negativa²¹¹. Porém, pode também ser concebida como a forma de que o Estado dispõe para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência de suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico penal. Nesse caso, trata-se da prevenção geral positiva²¹².

Esta teoria tem em Anselm V. Feuerbach²¹³, formulador da “teoria da coação psicológica”, uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral, fundador da moderna ciência alemã do Direito Penal, o seu mais famoso representante, o qual, nos princípios do século XIX, baseou o seu influente sistema, com largas consequências, no pensamento da intimidação geral.

Hans Welzel adotava a prevenção geral positiva. Segundo ele, o fundamento da pena está em ser indispensável para manter a ordem da comunidade²¹⁴. Para Welzel, o Estado não estaria obrigado a estabelecer a justiça, e sim no dever de punir quando indispensável para a existência da ordem jurídica²¹⁵.

A prevenção geral se baseia na ideia de intimidação dos potenciais delinquentes com a ameaça da pena. Sem se desligar da ideia inicial de intimidação pela ameaça, a prevenção geral teria a função de afirmar a validade da norma através da aplicação da pena, o que se obteria, como resultado, a confiança dos cidadãos na ordem jurídica, seria garantida a estabilização das expectativas comunitária na validade e vigência da norma violada²¹⁶, o que, na visão aqui defendida, remete à ideia da finalidade da pena para

²¹¹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Justiça penal: história e teorias da pena**. 1ª ed. (ano 2019). São Paulo: Independently published, 2019, p. 89.

²¹² *Idem, ibidem*, p. 89.

²¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I** – 20ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 134-135.

²¹⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 235.

²¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 235.

²¹⁶ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 61.

Jakobs. Para Carmem Barros, somente ocorre o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, se a pena aplicada for proporcional ao fato cometido²¹⁷.

No Estado de Direito, que é voltado para a livre realização do ser, torna-se incompatível qualquer consideração de natureza metafísica – diretamente ligada ao dever moral de punir – na teoria da pena²¹⁸. Assim, viu-se a ideia de fim – diretamente ligada à produção de efeitos úteis para o indivíduo e à coletividade – impor-se sobre as teorias retributivas e com a prevalência da teoria preventiva, deixou de ser a retribuição o fundamento da reação estatal, pois passou a ser algo utilitário e voltado para o futuro²¹⁹.

Como consequência, a política criminal, informadora do sistema penal, deve buscar seu fundamento na Constituição, e o utilitarismo só pode ser entendido como aquele que tem por escopo o bem-estar dos cidadãos; só esse utilitarismo tem condições de fundamentar um direito penal mínimo e garantista²²⁰.

É inegável que qualquer ideia de recuperação ou de ressocialização parte da ideia de periculosidade do indivíduo, e no Direito Penal, no Estado de Direito, não é possível falar em periculosidade de imputável, pois, já que a periculosidade tem *status* social, ligado ao modo de ser, a análise da periculosidade em substituição ou concomitantemente à da culpabilidade implica julgamento pelo que se é²²¹. Ademais, além do fato da dignidade da pessoa humana não permitir qualquer espécie de ingerência na esfera íntima, os tratamentos até hoje tentados não lograram alcançar os esperados resultados de retorno social dos delinquentes adaptados ou reeducados²²².

Sobre a divisão da prevenção geral em positiva e negativa, Mir Puig esclarece:

Atualmente destaca-se que a intimidação não é o único meio de prevenção geral. Uma corrente doutrinária sustenta que a prevenção não deve se basear apenas na pura intimidação negativa (isto é, inibidora da tendência de delinquir), mas também mediante a afirmação positiva do direito penal como afirmação das convicções jurídicas fundamentais da consciência social da norma, ou de uma atitude de respeito pelo Direito. Enquanto a prevenção intimidatória também é chamada de ‘prevenção geral negativa’, o aspecto afirmativo do direito penal é chamado de ‘prevenção geral positiva’ e, também, ‘estabilizador’ ou ‘integrador’²²³.

²¹⁷ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 64.

²¹⁸ *Idem, ibidem*, pp. 56-57.

²¹⁹ *Idem, ibidem*, pp. 56-57.

²²⁰ *Idem, ibidem*, pp. 56-57.

²²¹ *Idem, ibidem*, pp. 58-59.

²²² *Idem, ibidem*, pp. 58-59.

²²³ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Barcelona: (Reppertor, 2011), p. 82.

A prevenção geral apresenta a ideia de intimidação dos potenciais delinquentes por meio da ameaça da pena, o que inibiria a realização de crimes. A prevenção geral estabilizadora ou fundamentadora teria a função de afirmar a validade da norma por meio da imposição da pena, o que motivaria a confiança dos cidadãos na ordem jurídica, o que estabilizaria as expectativas na validade e na vigência da norma violada²²⁴.

Anabela Rodrigues apresenta a seguinte explicação sobre a prevenção geral:

A traço grosso e em uma formulação propositadamente sintética pode, pois, dizer-se que o aspecto negativo da prevenção geral consiste na adoção de penas dirigidas a alcançar resultados de tipo intimidatório, enquanto o aspecto positivo, tendo já sido definido como ‘força moralizadora’, hoje é descrito, por exemplo em Jakobs, como ‘confirmação da fidelidade ao direito’ ou estabilização das expectativas no ordenamento jurídico²²⁵.

Com a prevenção geral, esperam-se da ameaça e da execução da pena a intimidação dos delinquentes potenciais e, em geral, a estabilização da consciência normativa social²²⁶.

Sob outro prisma, há também nitidamente a função preventiva da pena. Ao se aplicar sanção penal ao delincente, objetiva-se demonstrar aos demais membros da sociedade que a ordem jurídica há de ser respeitada, sob ameaça de imposição da reprimenda mais grave admitida pelo Direito, que pode ser a privação da liberdade (prevenção geral negativa)²²⁷. Genericamente, emite-se a mensagem de que o violador da norma deve ser punido, o que desencoraja muitos outros que pretendiam seguir o mesmo caminho²²⁸. É natural que alguns não se deixam intimidar, até porque sentem-se confiantes de que não serão descobertos – é o sentimento de impunidade, muitas vezes real e verdadeiro – mas grande parte conforma-se em seguir o determinado em lei para não sofrer qualquer represália²²⁹.

²²⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. J.M. Bosch Editor. 1992, pp. 228-229.

²²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 321.

²²⁶ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

²²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 200, p. 78.

²²⁸ *Idem, ibidem*, p. 78.

²²⁹ *Idem, ibidem*, p. 78.

Diante dessas críticas que demonstram a insuficiência de cada teoria para justificar e legitimar a imposição das sanções penais, consolidou-se, nas últimas décadas, a chamada teoria da prevenção geral positiva, de cunho ético positivo²³⁰.

Essa nova teoria não vê na pena ameaça destinada a intimidar possíveis delinquentes, nos termos preconizados pelos defensores da chamada “coação psicológica”, ou segundo os teóricos do absolutismo, que propõem a reafirmação do poder soberano por meio do exemplo do castigo²³¹. Ela a vê, antes, como possibilidade de reafirmar a consciência social da norma, ou confirmar sua vigência, mediante a imposição de sanções penais.

Neste sentido, Mir Puig leciona:

[...] a pena não se dirige somente aos eventuais delinquentes, pois não se trata de inibir a possível inclinação deles ao delito, mas sim a todos os cidadãos, porquanto tem como objetivo confirmar a confiança na norma²³².

A prevenção geral positiva tem por fim perpetrar a eficácia estabilizadora da norma através da aplicação da pena. A proteção de bens jurídicos seria alcançada mediante a estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma jurídica violada²³³.

Portanto, parte-se do pressuposto de que os homens podem ser motivados pela norma e de que o Direito Penal estabelece linhas de conduta cujo respeito implicará na convivência social pacífica e em liberdade²³⁴. Assim, a violação das leis penais provocaria um abalo na consciência jurídica da generalidade das pessoas, que só cessaria com a afirmação da validade da norma²³⁵.

A prevenção geral positiva vem, pois, fundada na afirmação da validade da norma que se obteria com a justa punição do agente e, dessa forma, através da aplicação e da execução da pena seriam satisfeitas as necessidades de punição da sociedade, para se obter, como resultado, a consolidação de comportamentos conformados ao Direito²³⁶. Essa finalidade atribuída à prevenção geral positiva também permite concluir que a pena

²³⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 141.

²³¹ *Idem, ibidem*, p. 141.

²³² MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, p. 131.

²³³ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 62-63.

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 63.

²³⁵ *Idem, ibidem*, p. 63.

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 60.

é mensagem dirigida à sociedade, e que o agente do crime é ignorado, reduzido a exemplo de uma estratégia de política criminal²³⁷.

Daí a afirmativa de que a prevenção geral positiva representa o pensamento retributivo modificado²³⁸.

Ademais, para se obter a integração e a estabilização social através da afirmação da validade da norma, é necessário que se tome, como padrão de sanção justa, não mais os princípios garantistas, e sim as demandas da população, cuja fidelidade se pretende conseguir e que é, no mais das vezes, movida pelo instinto de vingança²³⁹.

No entanto, há que se ter em mente que não se pode punir ao amedrontar em nome da prevenção geral, pois a pena é intimidatória, e, no Estado de Direito, não se pode, por razões de prevenção, endurecê-la, quer na cominação, quer na aplicação, quer na execução²⁴⁰.

A prevenção geral positiva já alcança o fim de fortalecer a consciência jurídica da comunidade, se a pena aplicada for proporcional ao fato cometido, pois esse é o limite da prevenção geral – proporcionalidade entre crime e pena²⁴¹.

A teoria da prevenção geral positiva divide-se em: a) *fundamentadora*, que sustenta que a aplicação da pena tem o poder de evidenciar que o agente do crime não se conduziu corretamente, e serve de orientação aos cidadãos para o cumprimento das normas em geral, com função educativa. Por isso, é contrária ao Direito Penal mínimo; b) *limitadora* (Roxin, Mir Puig, Silva-Sánchez, Muñoz Conde), que reafirma as bases da anterior, embora pregue que a intervenção do Estado deve ser limitada²⁴².

A primeira teoria – fundamentadora – sofre a crítica de que a sociedade não pode valer-se da punição do condenado para reafirmar a legitimidade da norma, até porque a pena deve ter sentido para quem a sofre, e não para os fins gerais da comunidade²⁴³. Já a segunda – limitadora – não deixa de ser questionada pelo fato de relegar a segundo plano a incontestável necessidade de se afirmar a prevalência da ordem jurídica sobre a vontade

²³⁷ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

²³⁸ *Idem, ibidem*, p. 60.

²³⁹ *Idem, ibidem*, p. 63.

²⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 64.

²⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 64.

²⁴² *Idem, ibidem*, p. 69.

²⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.

individual de cada membro da sociedade, justamente o que permite a convivência em qualquer tipo de agrupamento, ou seja, o predomínio do coletivo sobre o individual²⁴⁴.

A fundamentadora – por fundamentar a intervenção penal, como o próprio nome indica – encontra grande partidário em Günther Jakobs, para quem a pena não tem o poder de reparar o dano causado pelo crime, sobretudo porque muitas infrações completam-se antes que se produza um dano externo. Os delitos ocorrem quando há contradição entre a conduta e a norma prevista abstratamente, sem necessidade de produzir-se dano externo. Além disso, em outros casos, a pena não pode evitar a lesão a bens jurídicos, pois ela tem aplicação após tal lesão. Por isso, a função da pena não é a de evitar lesões a bens jurídicos²⁴⁵.

A teoria da prevenção geral positiva propõe uma mudança de perspectiva quanto ao alcance dos fins preventivos: estes já não estariam projetados para reeducar aquele que delinuiu, nem estariam dirigidos a intimidar delinquentes potenciais²⁴⁶. A finalidade preventiva é alcançada por meio de mensagem dirigida a toda a coletividade, em prol da “internalização e fortalecimento dos valores plasmados nas normas jurídico-penais na consciência dos cidadãos”²⁴⁷. A pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico²⁴⁸.

Günther Jakobs é reconhecidamente o principal nome da prevenção geral positiva fundamentadora. Para o autor, a pena será sempre a reação à infração da norma e, em consequência, coloca-se em relevo novamente a orientação nela contida, para que a comunicação seja o respeito à orientação das relações sociais contida na norma:

A pena tem de ser definida positivamente: é uma amostra da vigência da norma às custas de um responsável. Daí surge um mal, mas a pena ainda não terá cumprido seu propósito com esse efeito, apenas com a estabilização da norma lesada²⁴⁹.

Para Jakobs:

²⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.

²⁴⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 142.

²⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 142.

²⁴⁷ GUIRÃO, Rafael Alcácer. Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. **Anuario de Derecho penal y Ciencias penales**, 1998, p. 392.

²⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I – 20ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147.

²⁴⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Tradução Joaquin Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 09.

[...] a pena tem a missão preventiva de manter a norma como esquema de orientação, no sentido de que aqueles que confiam em uma norma devem ser confirmados com a sua confiança²⁵⁰.

Assim, a pena funciona para afirmação da vigência da norma, e a estabiliza, já que a pena significa a permanência da realidade normativa da sociedade²⁵¹.

Assim, a imposição da pena tem o poder de demonstrar que o agente, com seu comportamento, não se organizou corretamente, para manter-se nos moldes traçados pelas normas de conduta²⁵². Sua missão é reafirmar o reconhecimento da validade da norma, no qual está implícita a consciência de que foi infringida e de que deve seguir como modelo idôneo de orientação²⁵³. Assim, cumpre o papel de orientar os cidadãos para o cumprimento das normas inseridas no contrato social. Desse modo, “[...] a prestação que o Direito Penal realiza para a manutenção do sistema social consiste em reafirmar que, apesar da infração produzida, a sociedade se mantém firme na vigência de suas normas essenciais e se nega a conceber-se a si mesma de outra maneira”²⁵⁴.

Gunther Jakobs, com base nas ideias sistêmicas de Niklas Luhmann, justifica a pena como um fator de coesão do sistema político-social, em razão da sua capacidade de restabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições²⁵⁵.

O próprio Jakobs reconhece que a teoria por ele proposta pouco se diferencia da teoria absoluta, em Hegel. Para este, o sistema de referência para fundamentar a pena é o conceito de Direito, enquanto no sistema proposto por Jakobs as condições de existência da sociedade podem ser mantidas²⁵⁶.

Ferrajoli informa que, no plano sociológico, a teoria sistêmica de Jakobs nada acrescenta à teoria da deviação, de Émile Durkheim, que, no mesmo diapasão, havia concebido a pena como um fator de estabilização social “[...] destinado, sobretudo, a agir

²⁵⁰ JAKOBS, Günther. Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigência de la norma. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles. In: **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1998, p. 32.

²⁵¹ *Idem, ibidem*, pp. 32-33.

²⁵² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 142-143.

²⁵³ *Idem, ibidem*, pp. 142-143.

²⁵⁴ *Idem, ibidem*, pp. 142-143.

²⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

²⁵⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *op. cit.*, p. 143.

sobre as pessoas honestas”, e reafirmou-lhes os sentimentos coletivos e solidificou-lhes a solidariedade contra os desviantes²⁵⁷.

Com sua função de reafirmar a vigência da norma, forma a consciência ética e valorativa da sociedade. Por isso, a prevenção positiva dirige-se a todos os cidadãos, e não somente aos delinquentes potenciais²⁵⁸. Tal finalidade, contudo, na lição de Jakobs, não afasta eventual efeito secundário da pena diante de terceiros, pelo medo de sua imposição, ante uma transgressão, embora essa não seja a função da pena. Em outras palavras, não afasta os efeitos da chamada prevenção geral negativa, que atua pela intimidação, embora não seja função da pena provocar esses efeitos²⁵⁹. Com a pena, busca-se garantir as expectativas nas relações sociais, em prol da sobrevivência da sociedade²⁶⁰.

A principal crítica à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora refere-se à possibilidade de ela ampliar a tendência da resposta penal diante dos problemas sociais, e é, portanto, contrária ao Direito Penal mínimo postulado pelas correntes mais progressistas, entre as quais a Nova Defesa Social²⁶¹. Além disso, a teoria fundamentadora, conduzida ao extremo, nega o critério de proporcionalidade entre a pena e a violação do bem jurídico tutelado pela norma²⁶².

Outra crítica é a de que a teoria de Jakobs “[...] venha a legitimar tudo o que resulte funcional à manutenção de um dado sistema social, com total independência das características que ele mesmo apresenta? Ou que a teoria da prevenção geral positiva pode, desse modo, contribuir à justificação, tanto de ordenamentos jurídicos que respeitam as garantias próprias do Estado de Direito como de regimes injustos, autoritários ou ditatoriais”²⁶³.

Diante dessas críticas, surge a teoria da prevenção geral positiva limitadora, que, como o nome indica, objetiva limitar a intervenção penal por parte do Estado, em consideração aos direitos individuais, sem afastar os efeitos já referidos da prevenção fundamentadora. Essa necessidade de limitação é defendida, entre outros, por Roxin,

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

²⁵⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duck. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 143.

²⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 143.

²⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 143.

²⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 144.

²⁶² *Idem, ibidem*, p. 144.

²⁶³ *Idem, ibidem*, p. 144.

Silva Sánchez e Mir Puig, cujas doutrinas apresentam algumas distinções quanto aos critérios limitadores da intervenção estatal²⁶⁴.

Para Roxin, o ponto de partida para a medida da pena é a culpabilidade do transgressor. O Estado não pode ampliar sua função no âmbito penal além dos limites da reprovabilidade da conduta do infrator, sob pena de ofender a dignidade humana²⁶⁵. De fato, o indivíduo não pode servir de meio para a prevenção geral, dirigida a terceiros, e responder além de sua culpabilidade²⁶⁶. A culpa, dessa óptica, deixa de constituir fundamento da pena, nas teorias retributivas, para ser a medida da pena²⁶⁷.

Além disso, no seu entender, a pena deve almejar fins socialmente construtivos, com a utilização de medidas que propiciem o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Por isso, na realidade, o Direito Penal só pode fortalecer a consciência jurídica no sentido da prevenção geral se, ao mesmo tempo, preservar a individualidade de quem está sujeito a ela²⁶⁸. Assim, a prevenção geral positiva encontra seus limites na culpa e na eficácia da prevenção especial socializadora²⁶⁹.

Roxin também postula um Direito Penal mínimo, de natureza subsidiária, no qual somente podem ser punidas as lesões a bens jurídicos, se essa punição for indispensável para uma vida comum ordenada²⁷⁰. Para ele, se os meios do Direito Civil ou do Direito Público forem suficientes, não deve haver intervenção do Direito Penal. Assim, as cominações penais se justificam, apenas e sempre, pela necessidade de proteção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações²⁷¹.

Na prevenção geral negativa, busca-se impedir, em relação aos terceiros, o cometimento de crimes sendo que a finalidade da pena é causar intimidação com base na gravidade da pena cominada, à quantidade da pena aplicada ou à intensidade da perseguição visando a imposição da pena²⁷².

Já no tocante à prevenção geral pela intimidação (negativa), Roxin menciona, inicialmente, a ausência de delimitação acerca de quais comportamentos teria o Estado a faculdade de intimidar, bem como a tendência de castigar da forma mais dura para melhor

²⁶⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 144.

²⁶⁵ *Idem, ibidem*, pp. 144-145.

²⁶⁶ *Idem, ibidem*, pp. 144-145.

²⁶⁷ *Idem, ibidem*, pp. 144-145.

²⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 145.

²⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 145.

²⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 145.

²⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 145.

²⁷² *Idem, ibidem*, p. 62.

alcançar o efeito da intimidação²⁷³. A esse respeito, ressalta a insuficiência de penas cruéis e de morte, como suplício na roda e esquartejamento, que não foram aptas a reduzir a criminalidade²⁷⁴. A prevenção geral pela intimidação também não encontraria fundamento diante de indivíduos não-intimidáveis. Por último, ao citar Kant, Roxin relata que tal prevenção atentaria contra a dignidade humana, pois um indivíduo seria castigado, não em consideração a ele próprio, mas como meio para intimidar outros indivíduos²⁷⁵.

Além desses aspectos contrários à prevenção geral pela intimidação, Günther Jakobs observa que essa teoria possui base equivocada, pois busca compensar com o mal da pena o benefício potencial do delincente com o crime²⁷⁶. O mal da pena deve ser mais importante do que o benefício do crime; no entanto, a grande maioria dos membros da sociedade não considera o crime como sucesso para o delincente, mas sim prejudicial a eles mesmos²⁷⁷. Além disso, há grupos de delitos nos quais os autores atuam mais racionalmente para conseguir um fim, como os crimes econômicos²⁷⁸.

De fato, a prevenção geral negativa tem origem na teoria da coação psicológica (Feuerbach), baseada em modelo utilitarista, de cunho antropológico racionalista, da Ilustração do século XVIII, o qual pressupõe o homem como ser capaz de calcular de forma racional as vantagens e as desvantagens de sua atuação em cada situação fática concreta²⁷⁹.

O caráter preventivo geral negativo serve ao legislador como justificativa para o aumento das penas e, ao juiz, para a imposição de penas altas, na crença de diminuir a criminalidade pela intimidação, e prevalece, assim, o fim da proteção social²⁸⁰.

A prevenção geral negativa procura prevenir a realização de delitos por parte da generalidade, onde a ameaça da pena exerce uma função inibitória, no desejo de perpetrar o crime. A prevenção geral negativa encontra o seu fundamento na intimidação causada pela pena prevista na lei penal, ou pela condenação em si – e essa intimidação pode ser

²⁷³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duck. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p 140.

²⁷⁴ *Idem, ibidem*, p 140.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p 140.

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 140.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 140.

²⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 140.

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, pp. 140-141.

²⁸⁰ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

atribuída à gravidade da pena cominada, à quantidade da pena aplicada ou à intensidade da perseguição, com vistas à imposição da pena²⁸¹.

É com base em critérios preventivos gerais negativos que o legislador aumenta penas, na crença de diminuir a criminalidade – com a ajuda do Código Penal – pela intimidação²⁸².

Daí afirmar-se que a prevenção geral negativa, como critério de determinação da pena, sujeita o indivíduo à generalidade, até para que os demais aprendam a não delinquir²⁸³.

2.6.2.3 Teoria da prevenção especial

A prevenção especial é a teoria preventiva que centra a sua atuação na pessoa que cometeu o crime, e o fim da pena é dissuadir o ser humano individualmente considerado da prática de outros delitos²⁸⁴.

A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, e objetiva que este não volte a delinquir²⁸⁵. Segundo a teoria da prevenção especial (ou prevenção individual), a norma penal se dirigiria apenas a uma parte da sociedade: aos indivíduos que, ao terem cometido um ilícito, seriam compelidos a não mais delinquir²⁸⁶.

Franz Von Liszt, precursor da escola sociológica alemã, entende que a prevenção especial pode atuar de três formas: assegurar a comunidade frente aos criminosos, mediante o encarceramento (segregação) que intimide o delinquente, para que ele não pratique mais crimes (intimidação) e preservar o criminoso da reincidência, mediante a correção (ressocialização)²⁸⁷.

A premissa básica da prevenção especial, seja qual for a modalidade (negativa/intimidação/inocuidação ou positiva/ressocialização), apoia-se na

²⁸¹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

²⁸² *Idem, ibidem*, p. 62.

²⁸³ *Idem, ibidem*, p. 62.

²⁸⁴ ANJOS, Fernando Vernice dos. **Execução Penal e ressocialização**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 20.

²⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I** – 20ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152.

²⁸⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba, Juruá, 2008, p. 147.

²⁸⁷ LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el Derecho Penal**. Trad. Carlos Pérez del Valle. Bogotá: Temis, 1998, p. 59-63.

periculosidade do indivíduo²⁸⁸, com o conceito de que a pena justa é a pena necessária a impedir que o criminoso volte a delinquir²⁸⁹. De fato, a periculosidade seria a probabilidade de alguém voltar a delinquir, e a função da prevenção especial é procurar impedir a reincidência, ou ao menos diminuir essa probabilidade, por meio de medidas de readaptação do criminoso à sociedade (prevenção especial positiva), ou de segregação e inocuização do criminoso inadapável (prevenção especial negativa)²⁹⁰.

Pela concepção teleológica e de ressocialização, a pena tem função de individualização e de diferenciação, o que, para Carmen Barros, seria o propósito da pena conforme a ideia de Liszt, em seu programa de Marburgo, de 1882, com função de intimidação, correção e inocuização – para corrigir o corrigível, intimidar o que pelo menos é intimidável e tornar inofensivo, mediante a pena privativa de liberdade, o que não é nem corrigível nem intimidável²⁹¹.

Seja qual for a teoria final adotada, à prevenção especial positiva é atribuído o sentido de ver na pena a melhora do delinquente individual, sua ressocialização²⁹². À parte o fato de que só à pena privativa de liberdade é reconhecida a finalidade reeducadora, e o fato de que essa finalidade é inalcançável, atrás das ideias utilitaristas da prevenção especial sempre há uma confusão entre direito e moral e entre crime e pecado²⁹³.

Ocorre que, numa sociedade pluralista, o Estado não está legitimado a corrigir quem quer que seja, tampouco pode, através da pena, visar ao arrependimento, pois as convicções de cada um não de ser respeitadas²⁹⁴. O Estado não tem legitimação para impor valores morais – o pluralismo exige respeito pelas diferenças e tolerância de qualquer subjetividade humana, por mais perversa que seja, até porque muitos delitos são cometidos por razões socioeconômicas, e deve haver, para o delinquente, a oferta de novas oportunidades de integração social²⁹⁵. A oportunidade ofertada será aceita ou não,

²⁸⁸ LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el Derecho Penal**. Trad. Carlos Pérez del Valle. Bogotá: Temis, 1998, pp. 58.

²⁸⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. Ed. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 56.

²⁹⁰ ANJOS, Fernando Vernice dos. **Execução Penal e ressocialização**. Curitiba: Juruá, 2018, pp. 21-22.

²⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 58.

²⁹² BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 59-60.

²⁹³ *Idem, ibidem*, pp. 59-60.

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 60.

²⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 60.

conforme melhor lhe aprouver, e jamais poderá ser imposta, já que, em uma sociedade pluralista, cada um pode viver conforme deseja, inclusive à margem da sociedade²⁹⁶.

Daí resulta que à prevenção especial, no Estado de Direito, só pode ser atribuído o fim de não dessocializar o indivíduo sujeito à intervenção punitiva do Estado, e tal fim só pode ser alcançado quando for proporcionado o livre desenvolvimento de sua personalidade²⁹⁷.

Sobre a pena e sua necessidade ou extinção, Nucci entende que a pena é indispensável, ainda que se possa falar de um mal, mas de suma importância no atual estágio imperfeito da humanidade, e que nada justifica, portanto, a adoção de teorias abolicionistas²⁹⁸. A pena jamais perderá a sua finalidade ou fundamento de servir de repressão ou castigo àquele que delinuiu, e satisfaz o inconsciente coletivo de vingança primitiva²⁹⁹.

²⁹⁶ BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

²⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 60.

²⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 71.

²⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 72.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 Conceito de Princípio

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta o seguinte conceito para princípio:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e Inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra³⁰⁰

Miguel Reale conceitua os princípios gerais como:

Enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de normas³⁰¹.

Os princípios são normas com um grau maior de abstração em relação às regras, uma vez que os princípios precisam de uma mediação concretizadora, enquanto que as regras já são aplicáveis diretamente; os princípios são fundamentais, na medida em que correspondem à estrutura do sistema jurídico³⁰². As regras apoiam-se nos princípios, pois são os fundamentos das regras, a *ratio* de regras jurídicas; já os princípios são *standards* ou pautas vinculantes que traduzem as ideias de justiça ou de direito³⁰³.

Os princípios são dotados de um elevado grau de abstração e de baixa densidade semântico-normativa, o que pode ser integrado por meio de interpretação/aplicação através de outras normas, e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões

³⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 545.

³⁰¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 306.

³⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1034-1035.

³⁰³ *Idem, ibidem*, pp. 1034-1035.

judiciais e atos administrativos, ao passo que as regras possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa³⁰⁴.

Para Mariângela Gomes:

Os princípios podem estar expressos ou implícitos no ordenamento. Enquanto os expressos dizem respeito àqueles em relação aos quais a doutrina ou a jurisprudência reconhecem a existência, na linguagem legislativa, de uma disposição onde esteja presente uma formulação adequada exauriente, de determinado princípio, os implícitos são normas não escritas que não excluem a possibilidade de que, no discurso legislativo, haja uma pluralidade de disposições aptas a serem entendidas como “aplicações” ou “especificações” suas, ao mesmo tempo em que de tal princípio possam ser deduzidas³⁰⁵.

Os princípios implícitos, por sua vez, podem ser apreendidos a partir de uma pluralidade, mais ou menos vasta, de normas explícitas, ou ainda ser extraído, não mais de uma pluralidade de disposições, mas de uma única disposição³⁰⁶.

Tais princípios, que não precisam estar necessariamente expressos no texto constitucional, tanto podem apresentar um conteúdo típico e propriamente penal, como podem possuir um conteúdo heterogêneo, desde que seus valores sejam efetivamente influentes na matéria punitiva³⁰⁷.

3.2 Conflito Entre Regras e Entre Princípios

Sobre o conflito entre regras e entre princípios, um conflito entre regras somente pode ser solucionado se houver a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida³⁰⁸.

Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos³⁰⁹.

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras, nada diz

³⁰⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003, pp. 17-18.

³⁰⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 58.

³⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 58.

³⁰⁷ *Idem, ibidem*, pp. 52-53.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

³⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 92.

sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma³¹⁰. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*, mas também é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito, e é fundamental que a decisão é uma decisão sobre validade³¹¹.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido, de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder³¹². Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção, pois, na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições³¹³. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência³¹⁴.

Conforme a doutrina mais autorizada, a discussão centrar-se-ia nos critérios utilizados para determinar a precedência de um princípio sobre o outro, o que dependerá de cada caso concreto. Por conseguinte, não há uma precedência absoluta ou abstrata, mas uma precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto.

Na busca de uma solução ao problema dos conflitos entre direitos fundamentais, levam-se em conta dois princípios de interpretação constitucional, que são o princípio da unidade da constituição e o princípio da concordância prática³¹⁵.

Pelo princípio da unidade da constituição, quer-se evidenciar a plausibilidade das diferentes valorações dentro de um esquema de harmonia, e não se pretende a ficção de considerar todos os direitos homogêneos, porque não é possível desprezarem-se os antagonismos das várias forças que interferiram no seu pacto fundador, quando restaram explícitas as tensões entre os vários segmentos sociais³¹⁶. Nada obstante, o resultado do plasmado no texto promulgado há de ser lido como um corpo único, coerente³¹⁷

³¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

³¹¹ *Idem, ibidem*, p. 93.

³¹² *Idem, ibidem*, pp. 93-94.

³¹³ *Idem, ibidem*, pp. 93-94.

³¹⁴ *Idem, ibidem*, pp. 93-94.

³¹⁵ HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. C.F. Müller. 1990, p. 48.

³¹⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 165.

³¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 165.

O princípio da concordância prática exprime exatamente a ideia de harmonização (*Scheuner*) e de equilíbrio (*Lerche*) entre os bens jurídicos: devem ser coordenados de tal modo na solução do problema, que todos eles conservem sua identidade³¹⁸.

Essa diretriz metodológica decorre precipuamente da ausência de uma ordem hierarquizada entre os valores constitucionalmente consagrados. Não se pode, portanto, na solução de colisões entre direitos, sacrificar um à custa do outro, porque a Constituição garante proteção a todos eles³¹⁹. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado princípio da concordância prática³²⁰.

3.3 Origem do Princípio da Proporcionalidade

Sobre o princípio da proporcionalidade em estudo, Mir Puig informa que tal princípio é aquele que “[...] impõe limites materiais que devem ser respeitados por todas as ações do Estado que afetam os direitos fundamentais”³²¹.

Chade Rezek Neto informa que, em nível constitucional, a origem do princípio da proporcionalidade está ligada à Carta Magna inglesa, conquistada pelos barões ingleses auxiliados pelo arcebispo de Canterbury, junto ao rei João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215³²². Essa Carta compreendia uma espécie de acordo formal entre a Coroa e os senhores feudais e nela se consignava que o homem livre, quando cometia um delito, deveria ser punido na proporção da gravidade desse delito³²³.

O art. 20 da Magna Carta de 1215 dispõe que não se poderá multar um homem livre por pequena transgressão, exceto de acordo com o grau de transgressão³²⁴.

³¹⁸ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. C.F. Müller. 1990, p. 48.

³¹⁹ BARROS, Suzana de Toledo, *op cit.*, pp. 165-166.

³²⁰ *Idem, ibidem*, p. 173.

³²¹ CORTÉS, Lina Mariola Diaz. El Debate sobre la penalización o no del sexting primário entre menores: una aproximación desde los presupuestos del principio de proporcionalidad. In. DODARO, Giandomenico; MANCUSO, Enrico Maria. *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporáneo*: A cura di. Edizioni DipLap, 2017, p. 80.

³²² REZEK NETO, Chade. *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 17.

³²³ *Idem, ibidem*, p. 17.

³²⁴ MAGNA CARTA (Magna Charta Libertatum), *in verbis*: “Um homem livre não poderá ser multado por um pequeno delito a não ser em proporção ao grau do mesmo; e por um delito grave será multado de acordo com a gravidade do mesmo, mas jamais tão pesadamente que possa privá-lo de seus meios de vida. Do mesmo modo, tratando-se de um mercador, deverá ter este resguardada a sua mercadoria; e de um agricultor, deverá ter este resguardado o equipamento de sua granja – se estes se encontrarem sob a

Observa-se o princípio da proporcionalidade na Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, que determina, em seu art. 11, que não serão exigidas fianças ou multas excessivas, nem infligir-se-ão castigos cruéis ou inusitado³²⁵.

Da mesma forma, o princípio da proporcionalidade se apresenta no art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que determina que a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias³²⁶.

Antonio Carlos da Ponte nota que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão intimamente ligados, mas diferem. O primeiro é de origem germânica e o segundo é uma construção da Suprema Corte norte-americana³²⁷. Lembra ainda que a manifestação do princípio da proporcionalidade não abriga necessariamente a razoabilidade, e cita dois exemplos:

(1) Na Idade Média, o terceiro furto era apenado com pena de morte, independentemente de qualquer outro fator, o que era desarrazoado (foi por essa razão que foi criada a ficção jurídica do crime continuado); (2) A “Lei do Talião”, já mencionada, era uma concretização do princípio da proporcionalidade, com o afastamento da razoabilidade³²⁸.

Aliás, sobre a distinção entre o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, há quem entenda que o princípio da proporcionalidade é sinônimo de razoabilidade.

Maria Silvia Zanela Di Pietro entende que embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro porque o princípio da razoabilidade, dentre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins de que ela tem que alcançar³²⁹.

mercê de uma corte real. Nenhuma das multas referidas será imposta a não ser mediante o juízo de homens reputados da vizinhança.” **policiamilitar.sp.gov, 2025**. Disponível em: https://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf. Acesso em 04 mai 2025.

³²⁵ DECLARAÇÃO DOS Direitos do Bom Povo da Virgínia. **al.sp.gov.br, 2025**. Artigo 11º - *In verbis*: “Não devem ser exigidas cauções excessivas, nem impostas multas demasiadamente fortes, nem aplicadas penas cruéis e desusadas”. Disponível em: https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara_o%20da%20Virgínia.pdf. Acesso em 04 mai 2025.

³²⁶ DECLARAÇÃO DE Direitos do Homem e do Cidadão. Artigo 8º- “A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

³²⁷ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 81.

³²⁸ *Idem, ibidem*, p. 81.

³²⁹ DI PIETRO, Maria Silvyva Zanella. **Direito Administrativo**, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 81

Luis Roberto Barroso assinala que é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira³³⁰.

Em sentido contrário, Gustavo Ferreira Santos afirma que não são conceitos fungíveis. Cada um, além de uma fundamentação própria, possui elementos caracterizadores que marcam uma diferença operacional: a razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado, enquanto a proporcionalidade verifica se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos³³¹.

Para Humberto Ávila, no postulado da proporcionalidade existe uma relação de causalidade entre meio e fim, exigindo-se dos poderes públicos a escolha de medidas adequadas, necessárias e proporcionais para a realização de suas finalidades. Já a razoabilidade se aplica como dever de harmonização em situações nas quais se manifeste um conflito entre o geral e o individual (dever de equidade), como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência), norma e realidade regulada por ela, ou como uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (dever de equivalência)³³².

3.4 Natureza Jurídica

O princípio da proporcionalidade foi compreendido inicialmente como a obrigação do Estado de se submeter às leis que criava, e que as liberdades individuais deveriam ser respeitadas, mesmo diante dos interesses estatais³³³. Com o controle jurisdicional, a questão se estendeu ao controle da atuação do órgão do Poder Executivo, no sentido de prevenir ofensas aos direitos fundamentais, e atualmente a obrigação de

³³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional**. Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998): p. 69. BARROSO, Luis Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, 23, 1998.

³³¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

³³² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 171-172.

³³³ ZORZAN, Adalberto Cristiano; LYRA, José Francisco Dias da Costa. A modernização do direito penal e o princípio da proporcionalidade: uma necessária dialética. **Revistas Eletrônicas Cnec/Iesa**, Santo Angelo, v. 4, n. 2, p. 69-92, nov. 2012, p. 79.

observância dos direitos fundamentais por parte do Poder Legislativo também está relacionada com a ideia de princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional³³⁴.

O princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos³³⁵.

O princípio da proporcionalidade, é consagrado como princípio geral do Direito não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à mesma natureza e essência do Estado de Direito³³⁶.

Canas entende que o princípio da proporcionalidade é um:

[...] princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjectivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos e concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins³³⁷.

De natureza independente e aberta, não está de forma individualizada na ordem constitucional brasileira, não deriva e nem depende de qualquer outro princípio. É cogente e vinculante, pelo fato de ser de aplicação obrigatória³³⁸.

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, nos quais a recepção na jurisprudência do princípio da proporcionalidade não foi acompanhada de uma efetiva positivação constitucional – como é o caso da Alemanha, Suíça, Áustria, Itália ou França –, o princípio logrou consagração no texto constitucional português, onde se descobrem numerosas referências ao princípio³³⁹, conforme Constituição de 1976, artigo 18, *in verbis*:

1.Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

³³⁴ ZORZAN, Adalberto Cristiano; LYRA, José Francisco Dias da Costa. A modernização do direito penal e o princípio da proporcionalidade: uma necessária dialética. *Revistas Eletrônicas Cnec/Iesa*, Santo Angelo, v. 4, n. 2, p. 69-92, nov. 2012, p. 79.

³³⁵ SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade. O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 3, n.12, 2003, p. 111.

³³⁶ DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços públicos*. As ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad Editor, 2002, p. 166.

³³⁷ CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da) [verbetes] *In: Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, Lisboa, 1994, p. 591.

³³⁸ PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 54.

³³⁹ VICENTE, Laura Nunes. O Princípio da Proporcionalidade, Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo. *Studocu*, 2025. Disponível em: <https://www.studocu.com/pt/document/universidade-de-lisboa/direito/proporcionalidade-pdf/11407219>, p. 32. Acesso em: 27 set. 2024.

2.A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3.As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

3.5 Princípio da Proporcionalidade na Alemanha

Sobre o princípio da proporcionalidade e sua aplicação na Alemanha, tem-se o caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202). A emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime, no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, em 1969, foram mortos enquanto dormiam, e, além disso, um fora ferido, tendo ocorrido o roubo de armas, para cometer outros crimes³⁴⁰. Os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua, e o auxiliar na preparação criminosa a seis anos de prisão³⁴¹.

A intenção do canal de televisão era apresentar um documentário em que as fotos e os nomes dos condenados seriam apresentados para posterior representação por atores das circunstâncias do crime, perseguição e prisão e, além disso, o documentário expunha detalhes da relação entre os condenados, inclusive, mostrava ao público as ligações homossexuais entre eles³⁴².

Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era normalmente citado e apresentado por meio de foto, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada³⁴³.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 99-100.

³⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 487.

³⁴² *Idem, ibidem*, p. 487.

³⁴³ *Idem, ibidem*, pp. 99-100.

O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões³⁴⁴.

A Reclamação Constitucional promovida pelo coadjuvante no crime foi interposta contra decisões dos tribunais que negaram a liminar para proibição da transmissão do programa. O Tribunal Federal Constitucional entendeu que, no caso, estar-se-ia diante de uma violação ao direito de desenvolvimento da personalidade, e que era justificada, portanto, a intervenção no direito de liberdade de radiodifusão pela proibição da transmissão³⁴⁵.

No caso concreto, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, a informação com o nome, foto ou identificação do criminoso nem sempre poderia ser permitida, principalmente considerando-se o tempo ilimitado de exibição da notícia que expusesse a pessoa do criminoso e sua vida privada³⁴⁶. A reclamação foi julgada procedente, e entendeu que o “[...] dano causado à ‘personalidade’ por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre”³⁴⁷.

A argumentação do Tribunal Constitucional Federal desenvolveu-se em três etapas, o que é de especial interesse para a teoria das condições de precedência. Na primeira etapa, constatou-se uma “[...] situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º, § 1º, combinado com o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã, e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, § 1º, 2º” (BVerfGE 35, 202 (219))³⁴⁸.

Nela, o Tribunal constata que, no caso da “[...] reputação do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação”, que “coloca em risco a ressocialização do autor” (C2), a proteção da personalidade (P1) tem

³⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 99-100.

³⁴⁵ MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Orientador: Lenio Luiz Streck. Tese (Doutorado em Direito). 2013. 346f. São Leopoldo/RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013, p. 118. Disponível em: https://sucupira- legado.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=378929. Acesso em: 29 abr. 2025.

³⁴⁶ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Beatriz Henning *et al.* Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 488.

³⁴⁷ *Idem, ibidem*, 2005, p. 492.

³⁴⁸ ALEXY, Robert. *op. cit.*, pp. 99-100.

precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia (BVerfGE 35, 202 (237))³⁴⁹.

Grimm entende que outro posicionamento, decisão BVerfGE 7, 377 (1958) [*Apothekenurteil*], foi o primeiro a detalhar, de maneira mais explícita, o que requeria o princípio da proporcionalidade, e dava alguns indicativos do seu conteúdo³⁵⁰.

O que se colocava em jogo era a possibilidade do exercício da atividade de farmacêutico diante da negação de alvará, com base em lei da Bavária para o setor farmacêutico³⁵¹. Nessa decisão, identificam-se condições exigidas pela proporcionalidade que, no futuro sistema dogmático de Robert Alexy, seriam identificadas como submáximas do princípio da proporcionalidade³⁵².

Em outra decisão, que também envolvia a liberdade profissional, BVerfGE 13, 97 (*Handwerksordnung*), apurou-se que o Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício (1953) determinava uma série de requisitos que não foram cumpridos por um artesão de relógios que, desde 1934, exercia esta profissão³⁵³. No caso, a teoria dos graus de intervenção (*Stufentheorie*)³⁵⁴ para análise da proporcionalidade, conforme visto na decisão *Apothekenurteil*, também serviu de fundamento para determinar como exagero os requisitos exigidos para a profissão de artesão de relógio³⁵⁵.

Relativo à apresentação da máxima da proporcionalidade e à indicação das submáximas, Alexy enuncia a decisão do Tribunal Federal Constitucional alemão, no caso BVerfGE 38, 281 (*Arbeitnehmerkammern*)³⁵⁶. O caso envolvia a discussão sobre a validade de leis dos Estados-Membros de Bremen e Saarland, que obrigavam a filiação de todos os empregados às Câmaras dos Empregados (*Arbeitnehmerkammern*). Considerando-se a presunção de liberdade fundamental e a prerrogativa de livre

³⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 101-102.

³⁵⁰ GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University Of Toronto Law Journal**, v. 57, n. 2, Spring, 2007, p. 385.

³⁵¹ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Beatriz Henning *et al.* Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 593.

³⁵² MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Orientador: Lenio Luiz Streck. Tese (Doutorado em Direito). 2013. 346f. São Leopoldo/RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013, p. 116. Disponível em: https://sucupira-legado.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=378929. Acesso em: 29 abr. 2025.

³⁵³ SCHWABE, Jürgen. *op. cit.*, p. 626.

³⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 626.

³⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 593.

³⁵⁶ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 119.

associação, não poderia o cidadão ser coagido à filiação obrigatória por pessoas jurídicas desnecessárias³⁵⁷.

A decisão proferida ao julgamento da BVerfGE 30, 173 (*Mephisto*) indicou a colisão entre o direito de liberdade artística e o âmbito de proteção de liberdade. Já que não era possível dizer que havia violação ao direito de liberdade artística, manteve-se a decisão que proibiu a editora de publicar o livro *Mefisto* – romance de uma carreira, de Klaus Mann³⁵⁸. A principal personagem do livro era inspirada em Gustav Gründgens, e o filho adotivo de Gründgens obteve a proibição, com justificacão na violação da honra pessoal, imagem e reputação social ao ator falecido, pois descrevia a renegação da convicção política, e deixava para trás as suas relações humanas e éticas, para fazer sucesso artístico em apoio ao regime nazista³⁵⁹.

Na decisão BVerfGE 95, 173 (*Tabakwarnhinweise*), o Tribunal entendeu que os avisos sobre os riscos de fumar, como “fumar causa câncer”, ou “fumar causa impotência sexual”, não violariam a liberdade do exercício profissional diante do bem comum e da proporcionalidade, pois o meio escolhido para alcance do propósito almejado foi adequado e também necessário para avisar sobre os malefícios do fumo e, junto à ponderação geral entre o gravame da intervençãõ e o peso das razões que as justificarem, foi observado o limite da exigibilidade³⁶⁰.

3.6 Princípio da Proporcionalidade no Brasil

No Brasil, segundo o STF (ADIIns 966-4 e 958-3, rel. Min. Moreira Alves, ADI 1.158-8, rel. Min. Celso de Mello, 1994 etc.), o princípio da proporcionalidade tem fundamento constitucional, na medida em que representa o aspecto substancial do devido processo legal, que vem expressamente contemplado no art. 5º, LIV, da CF/1988. Logo, é um princípio constitucional geral do Direito³⁶¹.

A ADI 855-2 de 1993 questionava, diante do STF, a constitucionalidade da lei que determinava a pesagem em caminhão de entrega de GLP. Para o relator, Ministro

³⁵⁷ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Beatriz Henning *et al.* Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 247.

³⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 247.

³⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 247.

³⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 652.

³⁶¹ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, p. 397.

Sepúlveda Pertence, a lei seria inválida por ofensa ao princípio da razoabilidade, uma vez que haveria impraticabilidade na pesagem obrigatória pelos caminhões de distribuição de GLP³⁶². Conforme Gilmar Mendes, teria o Supremo Tribunal Federal feito um juízo sobre a inadequação, tendo em vista a duvidosa eficácia de tal medida, diante do ônus imposto aos particulares e fins perseguidos pela norma de conteúdo restritivo³⁶³.

Com relação à fundamentação da premissa maior, não se pode deixar de questionar se realmente a Constituição brasileira consagra a regra da proporcionalidade, como se vem repetindo, muitas vezes irrefletidamente.

O STF fundamenta o recurso à regra da proporcionalidade, quase sempre ao mencionar o art. 5º, LIV, e o chamado *substantive due process of law*³⁶⁴. A decisão da medida cautelar na ADI 1407-2 é um exemplo de fundamentação nesse sentido³⁶⁵:

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV)³⁶⁶.

3.7 Subprincípios da Proporcionalidade

O Tribunal Constitucional Alemão entende que, para se controlar as restrições legais e judiciais aos direitos fundamentais, há a necessidade de se avaliarem três aspectos: necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geeignetheit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)³⁶⁷.

³⁶² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 119.

³⁶³ MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 79.

³⁶⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *In Revista dos Tribunais*. Número 798, 2002, p. 32.

³⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 32.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI n. 1407 MC/DF**, DJ: 07/03/1996; publicado em 24/11/2000. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%201407%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true Acesso em: 04 mai 2025.

³⁶⁷ D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 53.

À análise dessas três parciais; adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a doutrina dá o nome de ‘teste da proporcionalidade’, levado a efeito pela primeira vez na decisão BVerfGE 30, do Tribuna Federal Constitucional alemão.

No contexto do referido teste, o exame de adequação e necessidade irá compor a proporcionalidade em sentido amplo, segundo o qual “[...] o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto”, nos exatos termos da referida sentença. Para a corte alemã, “[...] um meio é considerado adequado quando mediante sua utilização torna-se possível lograr o resultado desejado”, e é considerado necessário “[...] quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitasse, ou que o fizesse em menor grau, o direito fundamental”³⁶⁸.

A proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, consiste, conforme Feldens, em um “[...] juízo de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que a gravidade da intervenção e suas razões justificativas devem estar em adequada proporção, a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido”³⁶⁹.

A adequação consiste na pertinência ou aptidão que o meio escolhido possui para se atingir o fim pretendido³⁷⁰.

Para Gonzalez-Cuellar Serrano, a adequação exige um juízo de "funcionalidade", para verificar se as medidas restritivas são aptas a atingir ou fomentar os fins que se perseguem³⁷¹.

A necessidade tem como objetivo verificar, em cotejo com a situação fática e o fim que se pretende atingir, se a medida escolhida é de fato a menos restritiva de direitos fundamentais³⁷².

Necessidade significa a utilização, entre as várias medidas aptas, da mais benigna, mais suave ou menos restritiva, ou, como informa Gonzalez-Cuellar Serrano, a

³⁶⁸ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

³⁶⁹ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 82.

³⁷⁰ ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**: de acordo com as Leis n^{os} 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 64.

³⁷¹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madri: Colex, 1990, p. 155.

³⁷² ESSADO, Tiago Cintra. *op. cit.*, p. 64.

"intervenção mínima" "alternativa menos gravosa" e "de subsidiariedade", para a menor lesão possível³⁷³.

O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio, ou de outro direito fundamental, e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa³⁷⁴.

O meio é adequado quando, com seu auxílio, se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que limitasse, ou que limitasse da maneira menos sensível, o direito fundamental³⁷⁵.

No Brasil, um difundido conceito de adequação sugere que um meio deve ser considerado adequado se for "apto para alcançar o resultado pretendido"³⁷⁶. Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, cita decisão do Tribunal Constitucional alemão, para fornecer o conceito de adequação, nos seguintes termos:

[...] os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado³⁷⁷.

Para Luís Virgílio Afonso da Silva, o conceito de adequação não é, contudo, o mais correto. A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria mais bem compreendida se se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por fomentar, e não por alcançar, como fez Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por alcançar³⁷⁸. *Fördern* significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado³⁷⁹. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin

³⁷³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madri: Colex, 1990, p. 189.

³⁷⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 76.

³⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, editora Malheiros. 1994, p. 330.

³⁷⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 2006, p. 172.

³⁷⁷ MENDES, Gilmar. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 371.

³⁷⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, n. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002: 23-50, pp. 36-37.

³⁷⁹ *Idem, ibidem*, pp. 36-37.

Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "[...] o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado". Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido³⁸⁰.

A proporcionalidade em sentido estrito, terceiro elemento do princípio sob análise, caracteriza-se pela ponderação que deve existir entre os diversos princípios em conflito, para se estabelecer o que deve preponderar para a solução do caso concreto³⁸¹.

A diferença básica entre o subprincípio da necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito está, portanto, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas³⁸².

Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador, quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional³⁸³.

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental.

Também não é necessária que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido³⁸⁴.

3.8 Direito às Ações Estatais e o Princípio da Proporcionalidade

³⁸⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, n. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002: 23-50, pp. 36-37.

³⁸¹ ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**: de acordo com as Leis n^{os} 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 65.

³⁸² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 81.

³⁸³ *Idem, ibidem*, p. 74.

³⁸⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 41.

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa³⁸⁵.

Direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas. Por exemplo, pressupõe-se uma titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro – algo que é deixado em aberto pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 39, 1 (41)) -, o direito do nascituro à proteção por meio de normas do direito penal é um direito dessa espécie³⁸⁶. Um outro exemplo é o direito de um titular do direito fundamental à liberdade científica “[...] àquelas medidas estatais, também de caráter organizacional, que sejam imprescindíveis para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida” (BVerfGE 35, 79 (116))³⁸⁷.

Quando se fala em “direitos a prestações”, faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como direitos a prestações em sentido estrito³⁸⁸. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a prestações em sentido amplo³⁸⁹.

Uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie*, ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. Alguns exemplos podem esclarecer isso. Enquanto não existe o dever de usar capacete, dirigido aos motociclistas, o titular do direito fundamental tem, em razão do princípio da liberdade geral de ação, uma liberdade fundamental *prima facie* para, como motociclista, usar ou não usar o capacete³⁹⁰. Assim que o dever passa a existir, passa o titular a estar em uma posição de não-liberdade definitiva, em face do Estado, no que diz respeito a usar ou não usar capacete. A regra que obriga os motociclistas a usarem capacete é uma restrição a um direito fundamental,

³⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 201.

³⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 202.

³⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 202.

³⁸⁸ *Idem, ibidem*, pp. 202-203.

³⁸⁹ *Idem, ibidem*, pp. 202-203.

³⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 283.

porque, em virtude de sua vigência, surge, no lugar da liberdade *prima facie*, uma não-liberdade definitiva de igual conteúdo³⁹¹.

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado³⁹². Eles pertencem ao *status* negativo, mais precisamente ao *status* negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao *status* positivo, mais precisamente ao *status* positivo em sentido estrito³⁹³.

Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal³⁹⁴.

A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos, por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais, e alcança até prestações em dinheiro e outros bens³⁹⁵.

Pode-se dizer que se pode estender o conceito de direito a prestações, para além desses direitos a prestações fáticas, também aos direitos a prestações normativas, como a proteção por meio de normas de direito penal, ou a criação de normas organizacionais e procedimentais³⁹⁶.

Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos, mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos³⁹⁷. Sob uma Constituição que submete os direitos garantidos constitucionalmente a um amplo controle judicial de constitucionalidade, esse

³⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 283.

³⁹² *Idem, ibidem*, p. 433.

³⁹³ *Idem, ibidem*, p. 433.

³⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 442.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 442.

³⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 442.

³⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 444.

problema é, em essência, um problema de repartição de competências entre o tribunal constitucional e o legislador³⁹⁸.

Os direitos a prestações (em sentido amplo) podem ser divididos em três grupos: (1) direitos a proteção; (2) direitos a organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito³⁹⁹.

Como direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do(s) Estado(s) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, em relação a *a*, o dever de realizar *h*⁴⁰⁰. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito⁴⁰¹. Isso é assim, em razão do direito constitucional positivo, por força do art. 19, § 4º, 1, da Constituição alemã. Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como “perfeita”, é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter *prima facie*, ou seja, natureza de princípios⁴⁰².

Por “direitos à proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado, para que este o proteja contra intervenções de terceiros⁴⁰³.

Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios, na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico de energia nuclear⁴⁰⁴.

Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção, a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade⁴⁰⁵.

Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de Direito Penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de Direito Processual, por meio de atos

³⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 444.

³⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 444.

⁴⁰⁰ *Idem, ibidem*, pp. 445-446.

⁴⁰¹ *Idem, ibidem*, pp. 445-446.

⁴⁰² *Idem, ibidem*, pp. 445-446.

⁴⁰³ *Idem, ibidem*, pp. 450-451.

⁴⁰⁴ *Idem, ibidem*, pp. 450-451.

⁴⁰⁵ *Idem, ibidem*, pp. 450-451.

administrativos e por meio de ações fáticas⁴⁰⁶. O que há de comum, em meio a essa diversidade, é o fato de que os direitos à proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação⁴⁰⁷.

É conveniente dar uma olhada nos casos em que a existência de um dever de proteção é certa e que, portanto, as dúvidas só podem dizer respeito à sua subjetivação. Um exemplo desse tipo de caso, corretamente caracterizado pelos juízes divergentes, no caso do aborto como "acadêmico" (BVerfGE 39, 1 (78)), é a proteção estatal ao indivíduo contra o homicídio⁴⁰⁸. Não há dúvidas de que o Estado tem o dever de proteger o indivíduo contra o homicídio. Também não parece haver dúvidas de que o Estado tem o dever de levar isso a cabo, dentre outras formas, por meio de proibições de Direito Penal e da imposição de sanções⁴⁰⁹. O que se pergunta é se o indivíduo tem um direito subjetivo constitucional a essa proteção, e como esse direito deve ser fundamentado. Duas construções dogmáticas podem ser suscitadas⁴¹⁰. A primeira está associada ao dever estatal de proteger a dignidade humana, previsto pelo art. 1º, § 1º, 1, da Constituição alemã, e transfere o dever de proteção aos direitos fundamentais subsequentes⁴¹¹. A vantagem dessa construção reside no fato de ela se apoiar diretamente no texto constitucional; sua desvantagem, no fato de que ela se vê diante do dilema de, ou ampliar de forma extrema o conceito de dignidade humana, para poder abarcar tudo aquilo que seja digno de proteção, o que implica o sempre suscitado risco de trivializar a dignidade humana, ou renunciar a abarcar algumas coisas dignas de proteção⁴¹². A segunda construção utiliza o argumento da dignidade humana apenas marginalmente e se apoia diretamente nos direitos fundamentais específicos. Essa construção, preferida pelo Tribunal Constitucional Federal, pressupõe que os direitos fundamentais sejam mais do que direitos de defesa contra intervenções estatais⁴¹³. O tribunal faz referência ao

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 450-451.

⁴⁰⁷ *Idem, ibidem*, pp. 450-451.

⁴⁰⁸ *Idem, ibidem*, pp. 453-455.

⁴⁰⁹ *Idem, ibidem*, pp. 453-455.

⁴¹⁰ *Idem, ibidem*, pp. 453-455.

⁴¹¹ *Idem, ibidem*, pp. 453-455.

⁴¹² *Idem, ibidem*, pp. 453-455.

⁴¹³ *Idem, ibidem*, pp. 453-455.

"conteúdo jurídico-objetivo" dos direitos fundamentais (BVerfGE 53, 30 (57)) e à "ordem objetiva de valores" que os direitos fundamentais representam (BVerfGE 39, 1 (41))⁴¹⁴.

Somente a subjetivização dos deveres de proteção faz justiça ao "sentido original e permanente dos direitos fundamentais" como direitos individuais (BVerfGE 50, 290 (337)). Ao contrário do que ocorre com os direitos sociais, ou os direitos a prestações em sentido estrito, os direitos à proteção inserem-se inteiramente na compreensão liberal tradicional dos direitos fundamentais⁴¹⁵.

Essa distinção encontra assento na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, quando ele, de um lado, salienta que o Estado está obrigado a proteger, mas, de outro lado, enfatiza que a decisão sobre como essa obrigação será satisfeita é algo que, "em primeira linha", "em grande medida" ou "em essência", cabe ao legislador⁴¹⁶. Na decisão do caso Schleyer, lê-se: "O art. 2º, § 2º, 1, combinado com o art. 1º, § 1º, 2, da Constituição alemã obriga o Estado a proteger toda vida humana. Esse dever de proteção é amplo". Em seguida: "A forma como os órgãos estatais transformam sua obrigação em uma proteção efetiva da vida é algo que deve ser decidido em princípio por eles mesmos e sob sua própria responsabilidade. Eles decidem sobre quais medidas de proteção são apropriadas e obrigatórias para garantir uma real proteção da vida" (BVerfGE 46, 160 (164))⁴¹⁷. Se se deixa de lado, em um primeiro momento, a cláusula "em princípio", que sugere uma vinculação mais ampla, então, no que diz respeito à vinculação do legislador, dessas duas citações decorrem duas proposições: (1) o Estado tem que adotar ao menos uma medida efetiva; e (2) caso haja apenas uma medida efetiva, o Estado tem que adotá-la⁴¹⁸. Na decisão do caso Schleyer, essa última proposição é expressa da seguinte forma: a "[...] liberdade na escolha do meio para a proteção da vida pode, em alguns casos especiais, resumir-se à escolha de um único meio, caso uma proteção efetiva da vida não possa ser alcançada de outra forma" (BVerfGE 46, 160 (164-165))⁴¹⁹.

Como demonstra a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, um tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissor⁴²⁰. O espectro de suas possibilidades processuais-constitucionais vai, desde a simples

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 453-455.

⁴¹⁵ *Idem, ibidem*, pp. 455-456.

⁴¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 463.

⁴¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 463.

⁴¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 463.

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 463.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*, p. 514.

constatação de uma inconstitucionalidade (BVerfGE 39, 316 (333)), passa pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição (BVerfGE 33, 1, (13)), até a determinação judicial direta daquilo que é obrigatório, em virtude da Constituição (BVerfGE 3, 225 (237 e ss.); 43, 154 (169-170)) (IPSEN, 1980, p. 132 e ss.)⁴²¹.

O princípio da proporcionalidade desempenha um papel crucial no sistema sancionatório, independentemente da finalidade da pena que se queira reconhecer na punição⁴²². Penas excessivamente leves podem gerar um sentimento de desconfiança na Justiça por parte de todos e, por outro lado, penas excessivamente severas alimentam sentimentos de empatia com o culpado e de descontentamento da Justiça⁴²³.

Com base em Alexy, Feldens defende o direito fundamental a uma tutela penal:

Assim, na senda da doutrina de Robert Alexy, que inclui, no âmbito de sua *Teoria de los Derechos Fundamentales*, os direitos a prestações positivas do Estado, dentre os quais se sobressaem os direitos à proteção, entendidos como tais os direitos do titular do direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros, afigurasse-nos lícito cogitar positivamente acerca da existência de um direito fundamental a uma tutela penal, a verificar-se em torno de um núcleo essencial de bens relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana, categoria político-normativa estruturante e informadora do Estado Democrático de Direito, porquanto a lhe servir, na viva expressão do texto constitucional, como seu fundamento⁴²⁴.

Os direitos fundamentais criam para o Estado o dever de promover a proteção dos titulares destes direitos perante terceiros⁴²⁵.

Os direitos à vida, à liberdade e à segurança – direitos fundamentais por excelência – impõem ao Estado (poderes públicos) o dever de protegê-los, sob todos os aspectos⁴²⁶.

A proporcionalidade, por si só, não tem aplicação alguma. Funciona como método de interpretação e aplicação do Direito, e ela representa instrumento para estruturar a

⁴²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 514.

⁴²² COPPOLA, Fabio. Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di 'valorizzazione' dal confronto con il sentencing system inglese. In: DODARO, Giandomenico; MANCUSO, Enrico Maria. **Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo: A cura di**. Edizioni DipLap. 2017. Sezione II, p. 129.

⁴²³ COPPOLA, Fabio. *op. cit.*, p. 129.

⁴²⁴ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 91-92.

⁴²⁵ ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**: de acordo com as Leis n^{os} 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 33.

⁴²⁶ *Idem, ibidem*, p. 33.

aplicação do dever de promover um fim estabelecido por determinado princípio ou regra⁴²⁷.

O princípio da proporcionalidade, notadamente no Direito Penal, deve ser aplicado não apenas em aspecto negativo, vale dizer, mas também para impor limitação ao Estado frente às liberdades públicas⁴²⁸.

No entanto, o aspecto comissivo também precisa ser destacado, já que a proporcionalidade, como elemento para a realização da justiça, também deve, se necessária, ser utilizada para nortear o legislador no momento de seleção dos critérios de elaboração da norma penal, incriminadora ou não, bem como os demais operadores do Direito atenuantes na Justiça Penal (delegado de polícia, promotor de justiça, magistrado etc)⁴²⁹.

A vinculação da proporcionalidade com o Direito Penal evidencia-se, sobretudo, pela possibilidade de conflito entre direitos fundamentais. De um lado, a garantia e a proteção do direito fundamental da segurança, em uma perspectiva objetiva, de se salvaguardar interesses da coletividade, e, de outro, a proteção do direito individual da liberdade, do criminoso⁴³⁰.

Com isso, a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, inicialmente no momento de definir quais serão as condutas criminosas e as respectivas sanções, torna-se clara. O Estado, diante disto, necessita ponderar os valores em jogo e definir quais direitos fundamentais serão restringidos, e em qual razão, para se atingir a almejada paz pública, sem ofensa ao núcleo essencial⁴³¹.

A intervenção mínima não pode servir de instrumento para ofender o direito fundamental da segurança pública, sobretudo para a sociedade vista objetivamente⁴³².

⁴²⁷ ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**: de acordo com as Leis n^{os} 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 55.

⁴²⁸ *Idem, ibidem*, p. 66.

⁴²⁹ *Idem, ibidem*, p. 66.

⁴³⁰ *Idem, ibidem*, p. 70.

⁴³¹ *Idem, ibidem*, p. 70.

⁴³² *Idem, ibidem*, pp. 77-78.

4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

4.1 Origem na Alemanha

Inicialmente, as primeiras técnicas desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência para o controle da função legislativa procuravam controlar a atividade estatal desproporcional, em busca da proibição de excesso. Posteriormente, para fim de reconhecimento de direitos, passou-se a refletir sobre a necessidade da ação estatal, ao se controlar as omissões do Poder Público, ou seja, a proibição de insuficiência⁴³³.

Para tanto, é imprescindível ver a colocação dos direitos fundamentais no sistema de valores da Constituição, que começou, no BVerfG⁴³⁴, com o acórdão Lüth, e foi uma das decisões mais importantes na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal em matéria de direitos fundamentais.

Em 1950, o Diretor do Senado do Gabinete de Imprensa do Estado de Hamburgo, Erich Lüth, se manifestou publicamente pelo boicote ao filme *Immortal Beloved*, feito por Veit Harlan, um dos principais personagens do cinema produzido pelo Terceiro Reich, pois em 1940, Harlan foi encarregado por Joseph Goebbels de realizar o filme de propaganda antissemita *Jud Süß*.

A empresa de produção e distribuição do filme *Immortal Beloved* processou Lüth, para que parasse com o apelo ao boicote.

O Tribunal Regional de Hamburgo decidiu que Lüth praticava ato imoral e, por conseguinte, ilegal, conforme o artigo 826º do BGB⁴³⁵, e determinou que Lüth se abstivesse de apelar ao boicote do filme de Harlan, a fim de evitar uma multa ou uma pena de prisão.

Lüth recorreu desta condenação para o BVerfG com uma queixa constitucional, e o Primeiro Senado do BVerfG examinou a questão fundamental de saber se as normas de direitos fundamentais têm um efeito sobre o Direito Civil e como esse efeito deve ser

⁴³³ ANDRADE, Adriano. **Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 193.

⁴³⁴ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão, **BVerfGE 7, 198**.

⁴³⁵ ALEMANHA. **Código Civil Alemão**. 826º. Dano moral intencional: "Qualquer pessoa que intencionalmente cause dano a outra pessoa de uma maneira que viole os bons costumes é obrigada a compensar a outra pessoa pelo dano". Disponível em: <https://www.gesetze-internet.de/bgb/>. Acesso em 04 mai 2025.

concebido, especialmente se os direitos fundamentais também têm um significado para a relação entre os cidadãos.

No caso em tela, o direito fundamental à liberdade de expressão, no que se refere à relação entre os direitos fundamentais e o direito privado, como a liberdade de expressão garantida constitucionalmente (art. 5.º, n.º 1 da GG⁴³⁶), se relaciona com os limites das "leis gerais" (art. 5.º, n.º 2 da GG⁴³⁷).

Para o BVerfG, embora o artigo 826.º do BGB, proteja todos os direitos e bens contra ataques imorais, deve ser considerado uma lei geral, e o direito fundamental deve ser analisado em relação ao interesse jurídico protegido pela lei geral.

O BVerfG entendeu que Lüth agiu de forma necessária e razoável, pois não procurava benefício próprio de natureza econômica, e sim afastar Harlan como representante do cinema alemão, em razão do medo de se entender que o cinema alemão não mudou em comparação ao cinema no período do nazismo.

Entendeu-se que o boicote proposto por Lüth tinha consonância com o esforço deste para a paz com o povo judeu.

Com isto, os interesses de Harlan e os interesses econômicos das empresas cinematográficas não se sobrepuseram à liberdade de expressão de Lüth, em razão do direito fundamental de Lüth à liberdade de opinião.

Portanto, a convocação para o boicote, feita por Lüth, estaria justificada constitucionalmente⁴³⁸. Desse modo, a Lei Fundamental alemã, no seu artigo 5º, não protegeria apenas a expressão da opinião como tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão⁴³⁹.

Renata Camilo de Oliveira assim se manifestou sobre o caso de Lüth:

Em primeiro lugar, os interesses privados e, em particular, econômicos

⁴³⁶ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Artigo 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência].

“(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura”. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>. Acesso em: 05 mai 2025.

⁴³⁷ *Idem, ibidem*. Artigo 5

[Liberdade de opinião, de arte e ciência]

“(2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal”.

⁴³⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.

⁴³⁹ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Beatriz Henning *et al.* Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 488.

⁴³⁹ *Idem, ibidem*, 2005, p. 382,

dos indivíduos devem, em princípio, passar para segundo plano quando se trata de formar uma opinião sobre uma questão que é importante para o bem comum. Além disso, qualquer pessoa que se sinta ofendida por uma declaração pública de outra pessoa pode também responder em público. Por último, não se pode falar de uma destruição da liberdade de desenvolvimento artístico e humano de Harlan. Lüth não dispunha de qualquer meio de coação para dar ênfase ao seu pedido; apenas podia apelar ao sentido de responsabilidade das pessoas a quem se dirigia e tinha de deixar a decisão à sua livre vontade⁴⁴⁰.

A decisão do caso Lüth ainda é citada sobre questões de efeitos dos direitos fundamentais sobre o direito privado, como, por exemplo, BVerfGE 73, 261 (269) (plano social); 85, 1 (13) (acionistas da Bayer); 86, 1 (11) (Titanic); 89, 214 (214) (contratos de garantia); 90, 27 (33) (Parabolantenne I); 99, 185 (196) (Scientology); 101, 361 (388) (Caroline de Monaco II).

No caso da Phamarcy, em 1958, o BVerfG⁴⁴¹ considerou inconstitucional a regra da Baviera que determinava que a concessão de uma licença de exploração para a abertura de novas farmácias ficava subordinada ao interesse público, no estabelecimento, e da garantia da base econômica das novas farmácias e das farmácias vizinhas já existentes, pois procurava preservar a saúde pública, que poderia ser prejudicada na concorrência entre muitas farmácias, o que poderia ocasionar a venda abusiva de medicação para fim de lucro das farmácias.

O BVerfG entendeu que não havia ameaça à saúde pública em razão da concorrência entre farmácias.

Posteriormente, no início dos anos 90, o BVerfG⁴⁴² introduziu em sua jurisprudência a função da proteção como direito fundamental sobre o direito privado, no caso dos agentes comerciais.

No caso, um representante de uma empresa recorreu de uma condenação, com base em cláusula de não concorrência firmada no contrato individual, que tinha por base legal o § 90a, do HGB, na sua versão antiga, com base nos artigos 12º e 14º do GG.

O BVerfG decidiu que o dever de proteção serve para proteger a parte mais fraca nos negócios jurídicos, e com base na jurisprudência sobre a ordem de valores, e com base no n.º 1 do artigo 12º da GG⁴⁴³, os tribunais cíveis foram instruídos, em casos de

⁴⁴⁰ OLIVEIRA, Renata Camilo de. **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**. Duncker & Humblot: Berlin, 2013, p. 63.

⁴⁴¹ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão, BVerfGE 7, 377.

⁴⁴² *Idem, ibidem*. BVerfGE 81, 242.

⁴⁴³ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, Artigo 12 [Liberdade de escolha da profissão]

paridade contratual prejudicada, a observar o dever de proteção do Estado, para afastar cláusulas prejudiciais para a parte mais fraca.

Foi na Alemanha que a ideia de “proibição de insuficiência” (*Untermassverbot*) foi inicialmente concebida, com a primeira menção doutrinária feita por Schuppert, em 1980⁴⁴⁴.

A primeira decisão do Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha sobre o aborto, que não chegou a utilizar o termo “*Untermassverbot*”, foi vista por Schuppert como o ponto de partida, consistente em analisar se o parlamento teria violado uma proibição de proteção insuficiente, tendo em vista uma norma de direito fundamental⁴⁴⁵.

A primeira decisão sobre o aborto em que houve a introdução da vedação da proteção insuficiente tratou dos dispositivos legais introduzidos no ordenamento pela Quinta Lei de Reforma do Direito Penal (5. StrRG), de 18 de junho de 1974, onde o § 218^a do Código Penal passou a permitir o aborto realizado por um médico nas 12 primeiras semanas de gravidez, desde que com o consentimento da gestante, o que deixava de ser penalmente punível, e não havia a necessidade de justificativa, o que ficou conhecido como “solução do prazo” (*Fristenlösung*), e o acórdão recebeu a denominação de decisão sobre a solução do prazo (*Fristenlösungsurteil*).

A introdução da norma permissiva do aborto, na 5. StrRG, foi questionada por 193 membros da Câmara Federal e de alguns Estados, que provocaram o Tribunal Constitucional Federal para o controle abstrato de constitucionalidade, e a Corte considerou inválida tal norma e a substituiu, nos termos do § 35 da BVerfGG⁴⁴⁶, por regras estipuladas pela Corte até nova legislação sobre o tema.

No primeiro julgado sobre o aborto, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu que, embora houvesse o vínculo entre a vida intrauterina e a vida da mãe, a vida intrauterina configurava um ser humano a ser protegido, porque, pelo artigo 2.º, n.º 2, frase 1⁴⁴⁷, e, também, o artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental⁴⁴⁸, o Estado tem o dever de proteger todas as vidas humanas.

“(1) Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei”.

⁴⁴⁴ TZEMOS, Vasileios. **Das Untermaßverbot**. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2004, p. 04.

⁴⁴⁵ SCHUPPERT, Gunnar Folke. **Funktionell-rechtliche Grezen der Verfassungsinterpretation**. Königstein: Athenäum, 1980, p. 14-15.

⁴⁴⁶ O Tribunal Constitucional Federal pode determinar em sua decisão quem irá aplicá-la; também pode regular a forma de execução em casos individuais.

⁴⁴⁷ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Artigo 2: “(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei”.

⁴⁴⁸ *Idem, ibidem*. Artigo 1:

De acordo com o artigo 19.º, n.º 2, da Lei Fundamental⁴⁴⁹, deve ser dada preferência ao nascituro (BVerfGE 39, 1 (43)). Uma renúncia abrangente ao Direito Penal, em casos de aborto, é incompatível com uma proteção eficaz da vida (BVerfGE 39, 1 (47)). O Estado é, portanto, obrigado a fazê-lo, em geral, manter um julgamento de indignidade em relação ao assassinato de vidas nascentes através de normas penais (BVerfGE 39, 1 (51 e ss.)).

A decisão não adentrou ao mérito de saber se o nascituro seria portador de um direito fundamental, de natureza subjetiva, à vida: as normas de direitos fundamentais também abrigariam uma ordem objetiva de valores, da qual, também, na matéria em questão, emanaria o dever estatal de proteção (BVerfGE 39, 1)⁴⁵⁰.

Decidiu-se que o Estado deve cumprir o seu dever de proteção, ao privilegiar o bem jurídico mais elevado, que é a vida, dentro da ordem axiológica da Lei Fundamental, por ser a base da dignidade humana e dos outros direitos fundamentais, e o direito da mulher à sua autodeterminação, ou ao seu livre desenvolvimento, não pode interferir ilimitadamente na esfera jurídica de outrem ser vivo sem justificativa, e não pode o interesse da mulher em escolher a interrupção da gravidez importar na aniquilação do direito à vida do nascituro, pois a dignidade humana, conforme artigo 1, parágrafo 1, da Lei Fundamental), deve ser levada em conta diante dos dois interesses antagônicos e por conta do princípio fundamental do artigo 19, parágrafo 2º (inviolabilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais), o direito à vida do nascituro prevalece sobre o direito da gestante em interromper a gravidez sem justificativa (BVerfGE 39, 1, p. 36-44). A permissão do aborto sem justificativa é incompatível com uma proteção eficiente da vida (BVerfGE 39, 1, p. 46-48).

Em relação ao caso do aborto, cumpre ao Estado proteger eficazmente a vida em desenvolvimento, e, por meio da *ponderação*, *deve-se resolver* a questão de dois *valores fundamentais* em confronto, de acordo com sistema constitucional de valores e na observância *do princípio da proporcionalidade* no Estado de Direito.

Na ponderação dos dois valores constitucionais, que são o direito da mulher à autodeterminação e a proteção da vida intrauterina, o Tribunal Federal Constitucional

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

⁴⁴⁹ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Artigo 19: (2) “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.

⁴⁵⁰ ANDRADE, Adriano. **Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, pp. 199-200.

concluiu que a ameaça de punição era necessária para cumprir o dever de proteção, ainda que durante as primeiras doze semanas de gravidez, e era nula a regulamentação do prazo. A proteção da vida intrauterina precede sobre o direito de autodeterminação da mulher grávida durante todo o período de gravidez e, com isto, o legislador tem de proibir o aborto.

O Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal decidiu que a Quinta Lei de Reforma do Direito Penal não cumpria o dever constitucional de proteger a vida em desenvolvimento (BVerfGE 88, 203).

A decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre o aborto resultou na décima quinta lei de reforma penal, em 1976, que instituiu a regra da indicação médica.

Com a unificação da Alemanha, tendo em vista a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante – SFHG, o § 219 do Código Penal admitiu a licitude do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação, se a gestante passasse por um órgão de aconselhamento criado, reconhecido ou autorizado para essa tarefa, e desde que o aborto houvesse sido realizado por um médico, independentemente da existência de uma indicação médica para a interrupção.

O legislador implementou uma alteração do conceito de proteção, em 1992, com uma maioria parlamentar convincente, que previa novamente uma "solução de limite de tempo" para além da indicação médica e eugênica. De acordo com este regulamento, a proteção da vida deve ser alcançada principalmente através de aconselhamento às mulheres grávidas (§ 218a I n° 1, em conjunto com o § 219 StGB).

Além disso, o § 218^a, I, do Código Penal, excluiu a antijuridicidade do aborto realizado após o aconselhamento, previsto no § 219, quando a gestante estivesse em estado de necessidade.

Com isto, houve o requerimento de 249 membros da Câmara Federal e pelo Governo da Baviera, o que resultou na segunda decisão sobre o aborto (*Schwangerschaftsabbruch II*), e o Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal considerou inconstitucional ambos os dispositivos, e, com base no § 35 da BVerfGG, editou regras transitórias sobre o tema

O Tribunal Federal Constitucional adotou explicitamente a proibição de insuficiência como fundamento:

6. A fim de cumprir o seu dever de proteção, o Estado deve tomar medidas de natureza normativa e fática que – considerados os interesses jurídicos em conflito – sejam suficientes para alcançar uma proteção adequada e, enquanto tal, eficaz (proibição de insuficiência). Para tanto,

é mister um conceito de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva.

8. A proibição de insuficiência não admite uma livre renúncia à utilização do direito penal e de seu efeito protetor da vida humana⁴⁵¹.

O Tribunal Federal Constitucional também se manifestou da seguinte forma:

É tarefa do legislador determinar detalhadamente o tipo e a extensão da proteção. A constituição especifica a proteção como um objetivo, mas não os seus detalhes. Contudo, o legislador deve observar a proibição da proteção deficiente; neste aspecto ele está sujeito revisão constitucional. O que é necessário é uma proteção adequada – tendo em conta interesses jurídicos conflitantes; O que é crucial é que seja eficaz como tal. As precauções que o legislador toma devem assegurar uma adequada e uma proteção eficaz deve ser suficiente e, também, baseada numa investigação cuidadosa dos fatos com base em avaliações justificáveis. Para que a proibição da proteção deficiente não seja violada, ela deve o desenho da proteção através da jurisprudência corresponde a requisitos mínimos⁴⁵².

Verificou-se que nas duas decisões, BVerfGE 39, 1, p. 48 e BVerfGE 88, 203, p. 255-256, se reconheceu que o direito ao aborto por implicar na morte da vida intrauterina não poderia merecer amparo constitucional, somente sendo cabível a interrupção da gravidez quando fosse inexigível como, por exemplo, no caso de perigo de vida para a gestante ou grave comprometimento à sua saúde

Além disso, o Tribunal Federal Constitucional reconheceu que a regra resultante do § 218^a, I, do Código Penal, nas condições nela estipuladas, excluiria não apenas a tipicidade penal, mas a própria antijuridicidade do aborto, o que afastava qualquer tipo de punição em outra seara, e era incompatível com a tutela da vida intrauterina garantida constitucionalmente (BVerfGE 88, 203, p. 273-274).

Starck entende que o Tribunal Federal Constitucional reconheceu, no dever de proteção, o direito subjetivo do cidadão de pedir a proteção, mas restringiu apenas para a proteção da dignidade humana, na forma do artigo 1, parágrafo 1, segunda fase, da Lei Fundamental⁴⁵³.

Posteriormente, houve mais decisões sob o fundamento do dever de proteção, que tiveram de ser resolvidas através de uma ponderação de interesses, como, por exemplo, BVerfGE 45, 187 (254 f.) (prisão perpétua); 49, 24 (55 f.); (Lei de Bloqueio de Contatos);

⁴⁵¹ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. BVerfGE, 88, 203, p. 203-204.

⁴⁵² *Idem, ibidem*. BVerfGE 88, 203 (254, 255).

⁴⁵³ STARCK, Christian. *Praxis der Verfassungsauslegung (Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit)*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 70.

53, 30 (57, 67 e seguintes) (Mülheim-Kärlich); 64, 261 (276 e seguintes) (licença de detenção); 97, 169 (175 e segs.) (cláusula I, relativa às pequenas empresas); 99, 185 (196) (Cientologia); 103, 89 (100) (subcategoria de acordo de renúncia); 115, 320 (346 ss.) (Rasterfahndung II); 120, 274 (319 ss.) (*Online*-pesquisa); 121, 317 (356 f.) (proibição de fumar em restaurantes).

O BVerfGE decidiu que, nas decisões 45, 187 (254 f.) (prisão perpétua) e 64, 261 (275) (saída da prisão), na execução das penas privativas de liberdade, há o dever do Estado de salvaguardar a segurança dos seus cidadãos e de proteger a vida e a dignidade humana das vítimas potenciais ou atuais de infrações penais.

4.2 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente em Portugal

Além da Alemanha, o princípio da proibição da insuficiência foi acolhido em Portugal como proibição ou interdição de déficit, de défice ou de defeito, sendo que o artigo 283 da Constituição de Portugal⁴⁵⁴ admite expressamente o controle de constitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional, o que não ocorre na Lei Fundamental da Alemanha⁴⁵⁵.

A introdução da figura da proibição de insuficiência no Tribunal Constitucional de Portugal ocorreu no acórdão n.º 75/10, relatado por Sousa Ribeiro⁴⁵⁶.

A Lei 16, de 27 de abril de 2007, introduziu dispositivos no Código Penal que permitiram a interrupção voluntária da gravidez, sem consequência penal, realizada por opção da mulher, nas primeiras dez semanas de gestação, desde que efetuada por médico, ou sob sua direção, em estabelecimento oficial de saúde, ou oficialmente reconhecido, com precedência de uma consulta obrigatória para o acesso à informação relevante para a formação de sua decisão livre, consciente e responsável, e com a observância de um

⁴⁵⁴ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Artigo 283.º.

Inconstitucionalidade por omissão

“1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”. Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 04 mai 2025.

⁴⁵⁵ CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 899.

⁴⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 301.

período de reflexão não inferior a três dias entre a realização da consulta e a prestação do consentimento⁴⁵⁷.

Em prol da inconstitucionalidade da matéria, alegou-se, sobretudo, que a nova disciplina penal do aborto voluntário violaria o imperativo constitucional de proteção da vida intrauterina do artigo 24º da Constituição⁴⁵⁸, basicamente, pelos seguintes motivos: a) o aborto estaria condicionado tão-somente à observância de certos procedimentos, independentemente da existência de causas justificativas exaustivamente, indicadas na lei e objetivamente controláveis; b) a consulta obrigatória teria caráter meramente informativo, e não de aconselhamento da mulher para não realizar o aborto e decidir-se pela preservação da vida. O Tribunal, contudo, não acatou esses argumentos, e reafirmou jurisprudência precedente, no sentido de que a vida intrauterina seria abrangida no âmbito de proteção do artigo 24º, mas apenas como valor constitucional objetivo⁴⁵⁹.

Para o Tribunal, o modo como o dever de proteção decorrente desse dispositivo deve ser realizado não estaria predeterminado na Constituição, e caberia ao legislador defini-lo, com respeito tanto à proibição da insuficiência como à proibição de excesso na afetação de outros bens constitucionais:

Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a proibição do excesso, por afetação, para além do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito à vida e à integridade física e moral, à liberdade, à dignidade pessoal e à autodeterminação. Mas também deve, no polo oposto, não descurar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida mínima, sendo violada a proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) quando as normas de protecção ficarem aquém do constitucionalmente exigível⁴⁶⁰. (Ac. n° 75/10, de 23.02.2010, p. 166)

Posteriormente, no acórdão n° 166/10, o TC tornou a recepcionar a figura da proibição da insuficiência (Ac. n° 166/10, de 28.04.2001). Nesse julgado, diferentemente

⁴⁵⁷ ANDRADE, Adriano. **Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 205.

⁴⁵⁸ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Artigo 24.º

Direito à vida

“1. A vida humana é inviolável.

2. Em caso algum haverá pena de morte”.

⁴⁵⁹ ANDRADE, Adriano, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁶⁰ *Idem, ibidem*, pp. 205-206.

do anterior, a proibição do défice não apenas foi alvo de consideração na fundamentação, como efetivamente serviu para fundamentar a inconstitucionalidade de dispositivos legais impugnados⁴⁶¹

Em análise estavam normas do Código de Procedimento e de Processo Tributário que permitiam que, em execuções fiscais, a escolha da modalidade de alienação dos bens conscritos e a fixação do preço base fossem feitas pelo Estado exequente, sem prévia oitiva dos demais credores com garantias reais. Em conflito, portanto, encontravam-se o valor constitucional do interesse público na celeridade na cobrança de impostos e o direito do credor à satisfação de seu crédito⁴⁶².

O acórdão n° 75/10 do Tribunal Constitucional decidiu:

Basicamente, poderá considerar-se que existe um *déficit* inconstitucional de protecção (ou de prestação normativa), quando as entidades sobre as quais recai o dever de proteger adoptam medidas insuficientes para garantir a protecção adequada às posições jusfundamentais em causa, sendo que tal sucede sempre que se verificar um duplo teste: (i) sempre que se verificar que a protecção não satisfaz as exigências mínimas de eficiência que são requeridas pelas posições referidas; (ii) cumulativamente, sempre que se verificar que tal não é imposto por um relevante interesse público, constitucionalmente tutelado. (Neste sentido, e quanto à dogmática geral dos imperativos jurídico-constitucionais de protecção, veja-se o já citado Acórdão n° 75/10, ponto 11.4.3). Para que se saiba se a protecção adoptada satisfaz ou não as exigências mínimas de eficiência requeridas pelas posições jusfundamentais em causa necessário é que se tenha em conta a intensidade do perigo ou do risco de lesão que pode resultar, para as referidas posições, da medida legislativa sob juízo. Por seu turno, para que se saiba se tal risco de lesão é ou não justificado, em ponderação, por motivos constitucionais relevantes, necessário é que se identifiquem os bens jurídicos e interesses contrapostos às referidas posições, e se decida se, na escolha do legislador, foi ou não sobreavaliado o seu peso (Acórdão n° 75/10)⁴⁶³.

Ao final, por razões expostas no corpo do acórdão, concluiu aquela Corte que o legislador não teria cumprido o imperativo constitucional da proibição da insuficiência, pois, embora houvesse se movido por interesse público, seu peso teria sido sobreavaliado na ponderação com os demais bens e valores constitucionais em conflito (Ac. n° 75/10, de 23.02.2010)⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ ANDRADE, Adriano. **Proibição de protecção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 207.

⁴⁶² *Idem, ibidem*, p. 208.

⁴⁶³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. **Acórdão n° 75/10**. Plenário. Rel. Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Processos n°733/07 e 1186/07. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>. Acesso em 04 mai 2025.

⁴⁶⁴ ANDRADE, Adriano, *op. cit.*, p. 208.

4.3 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente no Brasil

No Brasil, a primeira menção à proibição da proteção insuficiente ocorreu com o recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (RE 418376, rel. min. Marco Aurélio, STF).

O recorrente teve relação libidinosas com uma sobrinha a partir de quando esta atingiu a idade de nove anos, e ele engravidou a vítima. O recorrente alegou que passou a viver em união estável com a menor e a criança nascida deste relacionamento e, com isto, pleiteou, por analogia, a extinção da punibilidade, com base no artigo 107, VII, do Código Penal, vigente à época, que previa, nos crimes contra os costumes, a extinção da punibilidade quando ocorria casamento entre o autor do fato delituoso e a vítima (RE 418376, STF).

A proibição de deficiência foi mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes, por entender que a união estável não poderia ser considerada válida para fim de aplicação do art. 107, VII, do Código Penal, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a proteção deficiente, até porque o art. 227 da CF/1988 dispõe que é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (RE 418376, STF).

Para o Ministro, é dever do Estado proteger o direito fundamental, inclusive por meio do Direito Penal (RE 418376, STF).

Na ADPF 101, o STF considerou constitucional a legislação que proibia a importação de pneus usados para fim de preservação do meio ambiente, e o Ministro Gilmar Mendes julgou que é dever do Estado proteger os direitos fundamentais das agressões de terceiros:

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta no dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra agressão ensejada por atos de terceiros.

Tal interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de adversário (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*).

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção alicerçado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a

ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais⁴⁶⁵.

Além disso, no *Habeas Corpus* nº104.410, houve a menção expressa ao princípio da proibição da proteção insuficiente no STF:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbot*). 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. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). **O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva**

⁴⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF 101**. Julgamento 24/06/09, publicação 04/06/2012. Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20101%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true Acesso em: 04 mai 2025.

proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais⁴⁶⁶.

4.4 Natureza Jurídica

Sobre o campo dogmático da proibição da proteção deficiente, na Alemanha, destacou-se, inicialmente, o privatista Claus-Wilhelm Canaris, razão pela qual ele é comumente reconhecido como o “verdadeiro artífice” da proibição de insuficiência⁴⁶⁷.

Canaris entende que a ausência de normas indispensáveis para a proteção mínima constitucional importa em inconstitucionalidade por violação à proibição de insuficiência⁴⁶⁸.

Canaris explica acerca da ausência inconstitucional:

A ausência é inconstitucional de regulamentos de proteção quando o mínimo de proteção constitucionalmente exigido não é atendido. Não é possível dizer de forma geral quando este é o caso depende essencialmente do tipo de bem jurídico afetado e da possibilidade de autoproteção privada e autônoma. Um prático que corresponde à proibição do excesso. A proibição da proteção insuficiente ainda não foi desenvolvida como um instrumento geral⁴⁶⁹.

Maurer observou a proibição da proteção insuficiente como uma contrapartida da proibição do excesso, e deveria a proibição da proteção insuficiente impor limite mínimo ao legislador, que é obrigado a atuar por força de um dever de proteção decorrente do direito fundamental, e que não pode ser desvirtuado⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **HC 104410**. Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06-03-2012, Acórdão Eletrônico DJe-062 DIVULG 26-03-2012 Publicado em 27-03-2012. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=104410&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 04 mai 2025.

⁴⁶⁷ ANDRADE, Adriano. **Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, pp. 194-195.

⁴⁶⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechte und Privatrecht**, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 228.

⁴⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechte und Privatrecht**, AcP (Archiv für die civilistische Praxis), Vol. 184, n. 3.1984, p. 202.

⁴⁷⁰ MAURER, Hartmut. **Staatsrecht**, 2. Aufl. München, 2001, p. 236.

Jarass considerou a existência de margem de discricionariedade para a atuação do legislador, na concretização do dever de proteção, situado entre o conteúdo mínimo, passível da proteção pelo princípio da insuficiência, e o máximo, constitucionalmente admissível, controlado pela proibição do excesso, e que pode demandar a ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes⁴⁷¹

Jarass abordou a proibição da proteção insuficiente, ao ter entendido que o legislador pode ir além da proibição da proteção insuficiente para a criação de concordância prática⁴⁷².

Scherzberg considerou a proibição de insuficiência como uma função do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais que impede a sua realização abaixo do mínimo, com fundamento no artigo 19, parágrafo 2, da Lei Fundamental⁴⁷³, que estipula a inviolabilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁴⁷⁴.

Dietlein entendeu que o princípio da proibição de excesso é uma grandeza relacionada com uma lei específica, enquanto a proibição de insuficiência é antes uma grandeza derivada diretamente da lei constitucional⁴⁷⁵.

Isensee enxergou a necessidade de que as ações estatais deveriam atender o equilíbrio entre a proibição do excesso e da proibição de insuficiência, sendo que o autor foi citado no segundo acórdão sobre o aborto, que usou pela primeira vez a expressão *Untermassverbot* (BVerfGE 88, 203, p. 254)⁴⁷⁶.

Borowski entende que a proibição da insuficiência e a proibição do excesso têm a sua origem na ideia de proporcionalidade⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ JARASS, Hans D. Grundrechte als Wertentscheidungen. Objektivrechtliche Prinzipie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 110, n.03, 1985, pp. 382-384.

⁴⁷² *Idem, ibidem*, p. 363.

⁴⁷³ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Artigo 19

[Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial]

“(1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.

⁴⁷⁴ SCHERZBERG, Arno. **Grundrechtsschutz Und Eingriffsintensität**. Das Ausmass individueller Grundrechtssbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 208.

⁴⁷⁵ DIETLEIN, Johannes. **Das Untermassverbot**. *Zeitschrift für Gesetzgebung*. ZG 1995, S. 131ff, p. 136.

⁴⁷⁶ ISENSEE, Josef. **Das Grundrecht auf Sicherheit**: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Berlin: de Gruyter, 1983, p. 232.

⁴⁷⁷ BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 115.

Storrington reconhece a autonomia jurídica da vedação da proteção deficiente⁴⁷⁸, o que é seguido por Novais⁴⁷⁹.

Canaris entende que as normas de direitos privado podem ser vistas como direitos fundamentais e como garantias de proteção dos direitos fundamentais, passível de controle a intervenção excessiva ou insuficiente da tutela imposta pela Constituição e que na dúvida entre a insuficiência e o excesso, deve-se entender que houve excesso, passível de controle⁴⁸⁰.

Para Canaris, a vedação da proteção insuficiente é mais tênue, porque exige a comprovação do dever jurídico de agir, porque na omissão se levam em conta inúmeras medidas de proteção possíveis como omitidas, e que o legislador tem a discricionariedade para legislar, e o seu conteúdo não está totalmente descrito na Constituição⁴⁸¹. Borowski entende da mesma maneira, uma vez que, na vedação da proteção deficiente, se deve levar em conta todas as possibilidades legais para o alcance da proteção⁴⁸².

Laura Clérico defende a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle da vedação da proteção deficiente, que, no controle do excesso, o fim objetivado a ser ponderado é ditado pelo legislador, ao passo que, no controle da insuficiência, o fim é ditado pela Constituição, e o legislador tem a discricionariedade para legislar para atingir tal fim⁴⁸³.

Para Laura Clérico, ocorre a violação da proibição da proteção insuficiente quando não se toma nenhuma medida, ou a medida tomada é inidônea, ou insuficiente, diante do que se espera como proteção⁴⁸⁴.

[...] para a efetivação de seus deveres de proteção, corre o Estado – por meio de seus órgãos ou agentes – o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental (is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais – atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso como um dos principais

⁴⁷⁸ STORRING, Lars Peter. **Das Untermassverbot in der Diskussion**: Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur. Berlin: Duncker & Humblot. 2009, p. 136.

⁴⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**: do Dever de Protecção à Proibição do Défice, 2018, p. 207.

⁴⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechte und Privatrecht**, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 68.

⁴⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 65-66.

⁴⁸² BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. Baden-Baden: Nomos, 2007, pp. 195-198.

⁴⁸³ CLÉRICO, Maria Laura. Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot. *In*: SIECKMANN, Jan-R. **Die Prinzipientheorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos. 2007, pp. 156-157.

⁴⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 157.

limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar – hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais”⁴⁸⁵.

Para Storrington, a proibição da proteção insuficiente só pode ser reconhecida quando a omissão é injustificável, o que exige uma maior desproporcionalidade, quando os interesses de proteção ultrapassam as razões da omissão estatal, ou quando as razões da omissão estatal, ou quando a ponderação se baseia em pressuposições e prognósticos claramente equivocados⁴⁸⁶.

Storrington entende que, diante da proporcionalidade, o controle pelo Judiciário ocorreria no excesso e na insuficiência⁴⁸⁷; na insuficiência, há a necessidade da ação do legislador⁴⁸⁸, e, para Clérico, a ação do legislador deve atender ao interesse da Constituição, e cabe ao legislador a escolha do meio para atingir o fim constitucional⁴⁸⁹.

Para Andrade, na proibição de insuficiência, assim como se dá na proibição do excesso, verifica-se se o meio escolhido pelo legislador é proporcional, ou seja, se ele não gera desequilíbrio entre os interesses contrapostos⁴⁹⁰.

Nesse contexto, o princípio da proibição de insuficiência surge como evolução dogmática, ou, como dito pela doutrina, como a “face oculta” do princípio da proporcionalidade, e faz-se necessário, porém, sublinhar que defender a existência de uma proibição da insuficiência como conteúdo objetivo dos direitos fundamentais não significa negar a existência (e a necessidade) da vedação do excesso. Pelo contrário, essas duas ‘faces’ da proporcionalidade devem coexistir num Estado Social e Democrático de Direito⁴⁹¹.

⁴⁸⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

⁴⁸⁶ STORRING, Lars Peter. **Das Untermassverbot in der Diskussion**: Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur. Berlin: Duncker & Humblot. 2009, p. 233.

⁴⁸⁷ *Idem, ibidem*, pp. 196-197.

⁴⁸⁸ CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 964.

⁴⁸⁹ CLÉRICO, Maria Laura. Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot. In: SIECKMANN, Jan-R. **Die Prinzipientheorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos. 2007, p. 156.

⁴⁹⁰ ANDRADE, Adriano. **Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 382.

⁴⁹¹ ZORZAN, Adalberto Cristiano; LYRA, José Francisco Dias da Costa. A modernização do direito penal e o princípio da proporcionalidade: uma necessária dialética. **Revistas Eletrônicas Cnec/Iesa**, Santo Angelo, v. 4, n. 2, p. 69-92, nov. 2012, pp. 84-85.

4.5 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente e os Deveres de Proteção

O segundo acórdão sobre o aborto, que tratou da proibição da insuficiência, levantou o debate, no que se refere ao seu conceito e à sua relação aos deveres de proteção e à proibição de excesso, bem como suas consequências para os direitos de defesa e para a liberdade de conformação do legislador⁴⁹².

O objetivo de proteção exigido deve ser observado na proibição da proteção insuficiente, e está sujeito à revisão constitucional (BVerfGE 88, 203 (254)), e torna-se necessário um objetivo apropriado de proteção, que, como tal, deve ser eficaz (BVerfGE 88, 203 (254)).

Os deveres de proteção dos direitos fundamentais são mandatos que impõem ao Estado a proteção de posições protegidas pelos direitos fundamentais. Como tal, não são estranhos à Lei Fundamental; pelo contrário, alguns deveres de proteção podem ser lidos diretamente no texto constitucional⁴⁹³.

O dever de proteção exige que o Estado "[...] proteja e promova esta vida e proteja da interferência ilegal de terceiros". De acordo com o Tribunal Federal Constitucional, o dever de proteção do Estado deve ser levado tanto mais a sério quanto mais elevada a posição do bem jurídico em questão no *sistema de valores* da Lei Fundamental.

Para J. J. Gomes Canotilho, existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*Schutzpflicht*) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais⁴⁹⁴.

O que aqui pode ser chamado de doutrina da proteção não se restringe tão-somente aos tradicionais direitos liberais negativos de proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas assume a condição ambivalente de um postulado de proteção (*Schutzgebote*)⁴⁹⁵.

O dever de proteção, ou *schutzpflichten*, como tratado pela doutrina e pela jurisprudência alemã, recai sobre os ombros do Estado que, independentemente da

⁴⁹² STORRING, Lars Peter. **Das Untermassverbot in der Diskussion**: Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur. Berlin: Duncker & Humblot. 2009, p. 23.

⁴⁹³ OLIVEIRA, Renata Camilo de. **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**. Duncker & Humblot: Berlin, 2013, p. 89.

⁴⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 265.

⁴⁹⁵ MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Orientador: Lenio Luiz Streck. Tese (Doutorado em Direito). 2013. 346f. São Leopoldo/RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013, p. 231. Disponível em: https://sucupira- legado.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=378929. Acesso em: 29 abr. 2025.

formação do liame subjetivo entre si e o titular do direito fundamental, deve agir no sentido de “assegurar” os valores tutelados pelas normas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais⁴⁹⁶.

No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente – mas não exclusivamente – aos direitos fundamentais à vida e à integridade física (saúde), e foram desenvolvidos com base no art. 2º, II, da Lei Fundamental⁴⁹⁷, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos.

A doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã apresentam a seguinte classificação do dever de proteção:

a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico⁴⁹⁸.

Streck entende que o dever de proteção serve para proteger contra as ameaças e riscos vindos não só do Estado, como de terceiros:

Na verdade, o dever de proteção (*Schutzpflicht*) passou a ser entendido como o outro lado da proteção dos direitos fundamentais, isto é, enquanto os direitos fundamentais, como direitos negativos, protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger os indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas, sim, de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal. Conforme lembra Dieter Grimm, na Alemanha os deveres de proteção são considerados a contraparte da função negativa dos direitos fundamentais. Isso explica por que o dever de proteção não pode ser visto como outra palavra para os direitos econômicos e sociais. O *Schutzpflicht* tem a função de proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, das liberdades tradicionais⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ VAN DER BROECKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente** (*Untermassverbot*). Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 25.

⁴⁹⁷ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. “(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei”.

⁴⁹⁸ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folker. **Casebook Verfassungsrecht**. 3. Ed. München, 1996, pp. 35-36.

⁴⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. 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”? **Jus.com**, 2025. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protECAo-do-estado-schutzpflicht>. Acesso em 20 abr. 2025.

A Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a primeira protege o cidadão frente ao Estado; a segunda, através do Estado - e inclusive através do direito punitivo - uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos⁵⁰⁰.

Broocke entende que há uma relação entre o titular dos direitos fundamentais e o Estado, relação esta em que o último se posiciona como destinatário da norma constitucional fundamental, pois é justamente ele, o Estado, que deverá orientar os meios materiais necessários para emprestar eficácia aos direitos fundamentais de que é titular o indivíduo⁵⁰¹.

Para Broocke, ainda que por vezes as consequências da efetivação dos direitos fundamentais se produzam de maneira mais incisiva na esfera de interesses de um particular, ou mesmo de toda coletividade, é certo que o destinatário do comando constitucional inscrito no rol de direitos fundamentais é apenas o Estado, já que somente deste pode ser exigida uma ou outra postura com fundamento nos direitos fundamentais⁵⁰².

Canaris tem o mesmo pensamento:

Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta a clara razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também - de certa forma por uma via indireta - efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro⁵⁰³.

O dever de proteção decorre da existência dos comandos constitucionais instituidores dos direitos fundamentais, cuja densidade normativa, ao contrário do que ocorre no ordenamento jurídico infraconstitucional, não permite uma imediata e precisa determinação do que, ou de como o Estado deve agir, para que consiga se desincumbir a contento do referido dever⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, março 2005, p. 180.

⁵⁰¹ VAN DER BROOCKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente** (*Untermassverbot*). Curitiba: Editora CRV, 2016, pp. 19-20.

⁵⁰² *Idem, ibidem*, pp. 23-24.

⁵⁰³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 58.

⁵⁰⁴ VAN DER BROOCKE, Alexandre Moreira. *op. cit.*, p. 25.

Canas já entende, de forma mais ampla, no sentido de que a proibição da proteção deficiente não se restringe aos deveres de proteção⁵⁰⁵, o que é acompanhado por Tzemos, que entende que a proteção tem uma margem de emprego bem maior⁵⁰⁶.

Andrade reconhece que, em razão da liberdade de atuação do Legislativo, que não encontra amarras senão nos limites negativos ou positivos impostos pela própria Constituição, mormente pelos direitos fundamentais e deveres estatais deles decorrentes, o controle de constitucionalidade de omissões normativas totais ou parciais cumprirá ser realizado à luz do parâmetro da proibição de insuficiência⁵⁰⁷.

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz com relação ao cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção⁵⁰⁸.

Nesse sentido, segue decidindo, também, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao afirmar que o legislador (e mesmo o poder regulamentar) dispõe de uma expressiva margem de manobra, no que diz respeito à implementação do dever de proteção, o que inclui a possibilidade de levar em conta interesses públicos e privados concorrentes, já que o dever constitucional de proteção não impõe a adoção de todas as possíveis e imagináveis medidas de proteção, na medida em que uma violação do dever de proteção pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada, ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes⁵⁰⁹.

Uma vez reconhecida judicialmente uma omissão legislativa violadora da proibição da insuficiência, as circunstâncias do caso concreto, aliadas à realidade constitucional brasileira, ditarão a extensão dos efeitos do reconhecimento judicial da insuficiência e, para solucionar esse problema, há que se considerar que a ordem jurídica nacional contempla a possibilidade de controle das omissões inconstitucionais, tanto por meio de processos objetivos, como de processos subjetivos⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 960.

⁵⁰⁶ TZEMOS, Vasileios. **Das Untermaßverbot**. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2004, p. 164.

⁵⁰⁷ ANDRADE, Adriano. **Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 250.

⁵⁰⁸ SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade. O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 3, n.12, 2003, pp. 99-100.

⁵⁰⁹ *Idem, ibidem*, pp. 104-105

⁵¹⁰ ANDRADE, Adriano. *op. cit.*, p. 387.

As omissões constitucionais são passíveis de controle por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e neste caso a sua admissibilidade pode estar condicionada à inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade.

Embora o sistema constitucional brasileiro admita o controle difuso de constitucionalidade, o controle da insuficiência deve ocorrer no controle concentrado, para evitar divergências, pensamento acolhido também por Andrade, que entende que o controle concentrado da proibição da insuficiência requer a necessidade de um meio (norma concreta) que materialize a aplicação imediata dos respectivos direitos diante da inexistência do freio representado pelo § 2º, do art. 103 da CF/1988, e da total ausência de referencial normativo infraconstitucional para avaliação do meio suficiente, i.e., de uma norma a ser objeto do crivo de constitucionalidade⁵¹¹.

Para Andrade, a proibição do déficit como um método de aferição de proporcionalidade voltado a identificar eventual omissão no cumprimento de um dever constitucional de ação estatal não circunscreve apenas para fim de controle judicial de atos legislativos, mas abrange, como parâmetro, para a atuação do Legislativo, ou mesmo do Executivo, na elaboração de normas voltadas à realização de seus deveres constitucionais de ação⁵¹².

Andrade entende que a proibição do déficit pode ser definida sob o ângulo de sua normatividade, como um comando implícito na Constituição, que exige que os deveres constitucionais de ação *prima facie* sejam realizados pelos Poderes estatais no modo mais eficiente que o permitirem as circunstâncias fáticas e jurídicas⁵¹³.

Sobre ser regra ou princípio, como é associada predominantemente à proporcionalidade, pensa-se que seja princípio, por depender de operações de sopesamento, o que não é passível de se resolver por mera subsunção⁵¹⁴.

A opinião predominante pressupõe, com razão, que a proibição de subdimensionamentos, como a proibição do excesso, está enraizada no princípio da proporcionalidade, e não na garantia do conteúdo essencial⁵¹⁵.

⁵¹¹ ANDRADE, Adriano. **Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, pp. 394-395.

⁵¹² *Idem, ibidem*, p. 397.

⁵¹³ *Idem, ibidem*, p. 397.

⁵¹⁴ VAN DER BROECKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente (Untermassverbot)**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 58.

⁵¹⁵ STORRING, Lars Peter. **Das Untermassverbot in der Diskussion: Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur**. Berlin: Duncker & Humblot. 2009, p. 483.

Assim como o controle na proibição do excesso, a melhor racionalidade operacional do teste da proibição de insuficiência recomenda uma estrutura trifásica pelos testes da adequação, eficiência exigível e proporcionalidade em sentido estrito⁵¹⁶.

No exame da adequação, haverá aprovação, caso a norma seja apta a promover, em alguma medida, os fins por ela desejados. No exame de eficiência exigível, haverá aprovação, caso não exista outro meio que, ao afetar negativamente menos, ou promover mais o dever de ação, satisfaça, pelo menos em igual medida, os deveres ou interesses colidentes e, por fim, no subteste da proporcionalidade em sentido estrito, deverá ser apurado eventual desequilíbrio entre a importância social da norma em relação a cada um dos deveres e/ou interesses em conflito⁵¹⁷.

As vozes que apoiam uma ação consistente do Estado contra os criminosos são da opinião de que a proibição da proteção insuficiente exige que o direito dos cidadãos à proteção do Estado seja respeitado, ao evitar perigos, e no processo criminal deve sempre ser dada a devida consideração⁵¹⁸.

O Professor Antônio Carlos da Ponte discorre sobre a proibição do excesso e da proteção deficiente:

A proporcionalidade não se limita à proibição de excessos mas socorre também a obrigatoriedade de proteção suficiente a determinados bens eleitos pela Constituição em atenção aos mandados explícitos e implícitos de criminalização, e a observância a uma pauta mínima de Direitos Humanos⁵¹⁹.

Lênio Luiz Streck discorre sobre a proporcionalidade e a proibição da proteção deficiente:

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

⁵¹⁶ ANDRADE, Adriano. **Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 438.

⁵¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 419-420

⁵¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 121.

⁵¹⁹ PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador⁵²⁰.

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. 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 sustentáveis⁵²¹.

4.6 Princípio da Proibição da Proteção Deficiente e os Tipos Penais e Penas

Conforme lição de Edilson Mougenot Bonfim⁵²², o Estado deve assegurar não apenas a garantia do cidadão contra o excesso do Estado na restrição dos direitos fundamentais, por meio da proibição de excesso, a chamada proteção vertical, mas também a garantia do cidadão contra agressões de terceiros, denominada proteção horizontal, na qual o Estado atua, assim como garante a proteção eficaz dos cidadãos, para impedir tais agressões, e para tutelar de forma eficaz o valor segurança, para garantir constitucionalmente ou punir os agressores.

Sarlet aborda a relação entre o dever de proteção e o Direito Penal:

Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material quanto para o processo penal), resulta — como já referido — inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado — por meio de um dos seus órgãos ou agentes — pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos

⁵²⁰ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista A Juris**, Ano XXXII, nº 97, março 2005, p. 180.

⁵²¹ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Beatriz Henning *et al.* Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 488.

⁵²¹ *Idem, ibidem*, 2005, p. 280.

⁵²² BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104.

subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos " conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação⁵²³.

Por outro lado, o Estado — também na esfera penal — poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que—como contraponto à assim designada proibição de excesso — expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*)⁵²⁴.

A criação de normas protetivas de liberdade decorrentes de direitos fundamentais, como a lei penal, se perfaz na atuação do Estado no desempenho da tarefa de salvaguardar as liberdades dos titulares de direitos fundamentais de eventuais ameaças provenientes de seus semelhantes⁵²⁵.

O estabelecimento de proibições legais e, em especial, a tipificação de condutas na seara penal, vem sendo considerado um valioso instrumento para a proteção adequada de bens jurídicos que se encontram no topo da escala de valores que subjaz à Constituição⁵²⁶, e somente haverá que se falar em deficiência de proteção se houver um dever de proteger⁵²⁷.

A proibição da proteção deficiente motiva a prolação de sentenças aditivas, haja vista que, se o Estado-Juiz simplesmente declarasse a inconstitucionalidade, sem conferir proteção ao direito fundamental deficitariamente resguardado pela norma, ele próprio, o Estado-Juiz, estaria agindo de maneira inconstitucional⁵²⁸.

A proibição de proteção deficiente impede que o legislador penal renuncie livre e absolutamente (arbitrariamente) ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que

⁵²³ SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade. O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 3, n.12, 2003, p. 98.

⁵²⁴ *Idem, ibidem*, p. 98.

⁵²⁵ VAN DER BROOCCKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente** (*Untermassverbot*). Curitiba: Editora CRV, 2016, pp. 44-45.

⁵²⁶ *Idem, ibidem*, p. 45.

⁵²⁷ *Idem, ibidem*, p. 56.

⁵²⁸ VAN DER BROOCCKE, Alexandre Moreira. *op. cit.*, p. 138.

deles se derivam, quando diante de um bem jurídico de inquestionável magnitude, superior, inclusive, àqueles cuja proteção penal é constitucionalmente requerida⁵²⁹.

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, notadamente no que diz respeito aos desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde se encontra um elenco significativo de exemplos a serem explorados⁵³⁰.

Segundo o princípio em tela, entre a gravidade da conduta praticada, lesionadora do bem jurídico tutelado, e a restrição imposta ao autor do fato, ou seja, a gravidade da pena a ser aplicada, deve-se fazer um juízo de valor, para ponderar as duas situações⁵³¹.

Dessa forma, entende-se que a observação da proporcionalidade possui um duplo destinatário: o Poder legislativo, o qual deve criar as leis, no contexto abstrato, estipular as penas, de acordo com a gravidade do delito; e o magistrado, que aplicará a lei, de forma proporcional, nos casos concretos⁵³².

Streck bem observa a necessidade da proporcionalidade entre crimes e penas:

Essa ordem de legislar traz implícita - por exemplo, no campo do direito penal - a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalização não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas. Um exame perfunctório já demonstra como o Código Penal e a legislação esparsa nem de longe vêm cumprindo o comando do constituinte de 1988. Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Do mesmo modo, penas desproporcionais em relação ao bem jurídico protegido devem ser declaradas inconstitucionais. Ou no mínimo, em sede de controle de constitucionalidade, aplicar-se a técnica do apelo ao legislador (*Apeleitscheidung*), dando conta da incompatibilidade. Tais questões terão reflexos no próprio modo de proteger - no plano da instrumentalização do direito penal - bens jurídicos fundamentais como a segurança pública e a cidadania⁵³³.

⁵²⁹ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119.

⁵³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, n° 98, junho/2005, p. 132.

⁵³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 75.

⁵³² *Idem, ibidem*, p. 75.

⁵³³ STRECK, Lênio Luiz. Entre Hobbes e Roussau - a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. *In: Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 80.

Luís Roberto Barroso reconhece a possibilidade do princípio da proibição da proteção deficiente quando se tem uma pena branda:

O Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não-tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência⁵³⁴.

Assim, a proteção deficiente pode ser verificada quando, por exemplo, figuras típicas são, indevidamente, abolidas do ordenamento jurídico, ou, ainda, quando o Legislativo comina penas que ficam aquém da necessidade e da importância do bem jurídico a que se deve proteger; ou mesmo quando o Juiz, ao analisar um caso concreto, aplica de forma errônea um instituto que beneficie o réu⁵³⁵.

Sarlet adverte que, acerca da insuficiência da proteção no campo jurídico-penal:

De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramento da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, em que encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados⁵³⁶.

O Poder Legislativo é o destinatário principal do dever de proteção, haja vista a sua incumbência de municiar os demais poderes com as normas necessárias à sua atuação na proteção dos direitos fundamentais⁵³⁷. Baltazar Junior entende que, quando se incriminam certas condutas delituosas e criam-se formas de aplicação eficiente da justiça penal, o Estado não está apenas restringindo a liberdade do infrator, mas protegendo os direitos fundamentais e as liberdades das vítimas, pois os direitos fundamentais destas também estão sofrendo agressões⁵³⁸.

⁵³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 381.

⁵³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 78.

⁵³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, n° 98, junho/2005, p. 132.

⁵³⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pp. 63-64.

⁵³⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

⁵³⁸ *Idem, ibidem*, p. 212.

Ressalte-se que o fato de que a vítima também é detentora de direitos, e não apenas o agressor, é ignorado quando os direitos fundamentais são vistos simplesmente como direitos de defesa contra o Estado⁵³⁹.

Thiago Ávila defende a ocorrência da proteção penal normativa, consistente no direito dos cidadãos a que o legislador edite normas de criminalização das condutas lesivas aos bens jurídicos, e estabelece penas adequadas (proteção material) e um processo eficiente de aplicação desses dispositivos penais (normas de organização e procedimento)⁵⁴⁰.

Se o Judiciário deixar de agir, ele mesmo estará incorrendo na proibição de proteção insuficiente, uma vez que deve assegurar a efetivação dos direitos fundamentais⁵⁴¹.

O controle da proteção insuficiente ocorre quando há a desproporção entre as penas e os delitos, pois, no Direito Penal brasileiro, é flagrante o desrespeito à recomendação do princípio da proporcionalidade. Pode-se verificar a grande aleatoriedade com que são formulados os preceitos secundários das normas incriminadoras, sem qualquer preocupação em limitar, mediante a utilização de algum critério, a razão entre o tempo mínimo de pena privativa de liberdade e seu limite máximo⁵⁴².

O legislador em matéria penal não dispõe de “carta branca”, seja para penalizar condutas, seja para despenalizá-las⁵⁴³.

Neste sentido, Maria da Conceição Cunha:

Ora, 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 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)

⁵³⁹ ZORZAN, Adalberto Cristiano; LYRA, José Francisco Dias da Costa. A modernização do direito penal e o princípio da proporcionalidade: uma necessária dialética. *Revistas Eletrônicas Cnec/Iesa*, Santo Angelo, v. 4, n. 2, p. 69-92, nov. 2012, p. 87.

⁵⁴⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 2006, p. 61.

⁵⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n° 98, junho/2005, p. 243.

⁵⁴² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 167.

⁵⁴³ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 70.

dessas agressões. Um dos sistemas preventivos de que o Estado dispõe, o sistema preventivo mais ‘forte’, é o sistema penal⁵⁴⁴.

Bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos crimes e que, especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos⁵⁴⁵.

Dobrianskyj observa a desproporção entre crime e pena nos crimes de homicídio e lesão corporal:

Observando, por exemplo, o delito de homicídio simples e o de extorsão mediante sequestro, pode-se verificar que é mais grave para a legislação penal brasileira o delito de extorsão do que o próprio delito de homicídio, o que é um grande absurdo, pois a vida é, ou deveria ser, o bem jurídico de maior importância para a sociedade, tanto que está inserido no primeiro artigo da parte especial do Código Penal.

“Nesse mesmo sentido, se alguém produz uma lesão corporal grave (art.129, §1º do Código Penal brasileiro), a pena será de um a cinco anos de reclusão, mas, se alguém furtar um objeto no interior de uma residência em concurso com outra pessoa, sem causar nenhum tipo de dano à integridade física ou à saúde de outrem, sua pena poderá variar entre dois a oito anos de reclusão⁵⁴⁶”.

Lênio Streck acusa o Código Penal de proteger o bem jurídico do patrimônio em grau superior, no que se refere à pena, em relação ao bem jurídico de integridade corporal e honra, como se observa na pena mínima para o crime de roubo, que é de quatro anos, ao passo que a pena mínima para o crime de lesão corporal gravíssima é de dois anos⁵⁴⁷.

Bianchini aponta que nem sempre é respeitado o princípio da proporcionalidade (abstrata), ao impor sanções que implicam uma clara vulneração do mesmo, ao apontar que a pena da lesão corporal culposa, no Código de Trânsito brasileiro (art. 303), que é de seis meses a dois anos, é o dobro da pena do mesmo crime doloso prevista no Código

⁵⁴⁴ CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e crime**. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 287.

⁵⁴⁵ D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50.

⁵⁴⁶ DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena**. Orientador: Oswaldo Henrique Duek Marques. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/1236968/virginia-de-oliveira-rosa-dobrianskyj>. Acesso em: 05 mai. 2025.

⁵⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. As (novas) Penas Alternativas à Luz da Principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade. In: FAYET JR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (org.). **A sociedade, a Violência e o Direito Penal**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 127.

Penal. Além disso, ressalta que o estupro tem a mesma pena mínima que o homicídio (seis anos de reclusão)⁵⁴⁸.

Outra desproporção encontrada na legislação penal é discrepância entre a pena do tipo autônomo de feminicídio que é de vinte a quarenta anos de reclusão, conforme o art. 121-A do Código Penal, ao passo que o homicídio qualificado assinala a pena de doze a trinta anos de reclusão conforme o art. 121, § 2º do Código Penal.

Nota-se que a pena mínima e a pena máxima para o feminicídio estão acima das penas previstas para o homicídio qualificado.

Claro que a violência doméstica deve ser combatida de todas as formas e em nenhum momento se afirma que a pena para o feminicídio é exagerada, pelo contrário, tal pena resultou na constatação da pena anterior ser insuficiente para o feminicídio quando esta era tratada igual ao homicídio qualificado diante do número de feminicídios.

Na verdade, a pena todos os tipos de homicídio que se mostram baixas como a pena para o homicídio simples de apenas seis a vinte anos.

Não se justifica que a pena máxima para um homicídio simples seja igual a pena mínima de feminicídio quando se observa que o valor principal, o bem jurídico a ser defendido é a vida, não importa se a vida de uma criança ou de uma mulher morta no contexto de violência doméstica.

Veja-se a divergência entre o feminicídio com pena mínima de vinte de anos e máxima de quarenta anos e o homicídio praticado contra menor de quatorze anos que tem a pena mínima de doze e a pena máxima de trinta anos.

A opção do legislador ao criar o tipo de feminicídio, por meio da Lei Federal nº14.994/24, e prever que a sanção por meio de pena deve variar de vinte a quarenta anos importa no reconhecimento claro e direto do fracasso de apenar o feminicídio, na qualidade de homicídio qualificado, com pena de doze a trinta anos, sendo que esta pena era insuficiente tanto para o feminicídio como o é para as hipóteses do homicídio qualificado.

Aliás, as penas para o homicídio simples e homicídio qualificado são por demais acanhadas e ineficientes e não inibe a sua prática quando se constata que no Brasil, em 2023, ocorreram 45.747 homicídios, o que equivale a 21,2 casos de homicídios por 100

⁵⁴⁸ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal:** introdução e princípios fundamentais. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1, p. 399.

mil habitantes conforme o Atlas da Violência de 2025 divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁵⁴⁹.

Aliás, conforme a pesquisa da ONU, o Brasil liderou em número absoluto de homicídios no mundo com 45.562 homicídios em 2021⁵⁵⁰.

A prova empírica que a imposição e manutenção do criminoso na prisão resulta na diminuição da criminalidade pode ser observada em El Salvador que em 2015 registrou 6.656 homicídios e em 2024 viu tal número cair para 114 homicídios, sendo que tal número é atribuído ao número de pessoas presas atualmente que supera 1% (um por cento) da população de El Salvador⁵⁵¹, diferente do Brasil que, conforme a Secretaria Nacional de Políticas Penais⁵⁵², no primeiro semestre de 2024 havia 663.906 presos em celas físicas, contando neste números os apenados com direito a saída para trabalhar e estudar ou de apenas dormir na prisão, o que corresponde a pouco mais de 0,3% da população do Brasil em 2024 que era 212.583.750 habitantes conforme o Censo Demográfico do IBGE⁵⁵³.

Os dados estatísticos acima comprovam que a pena mínima para o homicídio simples, fruto da Parte Especial do Código Penal de 1940, fica aquém da pena mínima para o crime de roubo com violência ou grave ameaça com emprego de arma de fogo, ou com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo, ou de artefato análogo que cause perigo comum, que foi fixada posteriormente pela Lei Federal nº13.654, de 2018, e revela a sua ineficiência, que justifica a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente, até porque a pena para o crime de roubo é fruto da reflexão mais recente da sociedade acerca do seu *quantum* necessário por meio da Legislador.

⁵⁴⁹ Atlas da Violência de 2025. <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5999-atlasdaviolencia2025.pdf>>. Acesso em 04 jun 2025.

⁵⁵⁰ Global study on homicide 2023. United Nations Office on Drugs and Crime. <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/2023/Global_study_on_homicide_2023_web.pdf> Acesso em 04 jun 2025.

⁵⁵¹ <<https://apnews.com/article/el-salvador-homicides-gangs-bukele-69384a8705267eadd18dcd28a53465b>> Acesso em 04 jun 2025. No mesmo sentido: <<https://www.statista.com/statistics/696152/homicide-rate-in-el-salvador/>> Acesso em 04 jun 2025.

⁵⁵² <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referente-ao-primeiro-semester-de-2024>>. Acesso em 04 jun 2025.

⁵⁵³ <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?edicao=41053&t=downloads>> Acesso em 04 jun 2025.

4.7 Aplicação do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente

Observa-se a desproporção entre a pena mínima do crime de homicídio ser de seis anos, conforme o art. 121, *caput*, do Código Penal do Brasil, e a pena mínima para o crime de roubo com a prática de violência, ou grave ameaça, com emprego de arma de fogo, ou com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo, ou de artefato análogo que cause perigo comum, que é de seis anos e oito meses, conforme o art. 157, § 2º-A, I e II, do Código Penal do Brasil.

Para a correção de tal desproporção, violadora da vedação da proteção insuficiente, cabe ao Judiciário corrigir tal distorção, caso persista a inércia do Legislativo, após ter sido cientificado da violação ao dever de proteção com a legislação insuficiente.

Caso ocorra a tipificação penal, há a previsão da pena, com o seu caráter retributivo, e deve a pena, também, servir para inibir que a coletividade venha a praticar o mesmo crime e impedir que o apenado reitere a prática delitiva enquanto estiver recluso, e que venha delinquir futuramente. Daí vem, segundo a visão adotada neste trabalho, o seu caráter retributivo, preventivo geral e preventivo especial, respectivamente, pois uma boa legislação penal deve proporcionar o maior bem-estar possível para a comunidade, e a sanção penal é a resposta ao seu descumprimento, pois a pena deve olhar para o passado; retribuir a pena em relação ao crime praticado, olhando para o presente; inibir que a comunidade pratique o crime, além de tornar inócuo o agressor com a sua prisão, daí o caráter preventivo especial negativo, olhando para o futuro, inibindo que a comunidade ou que o agressor, este em razão de sua ressocialização ou por decisão própria, venham a praticar o delito previsto posteriormente, independentemente do sucesso da ressocialização realizada, de caráter preventivo especial positivo, no caso do agressor.

A pena deve ser guiada pela proporcionalidade entre a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, ou a sua danosidade social, e a quantidade da pena. Há dois momentos em que ocorre o juízo da proporcionalidade: o primeiro, na fase legislativa, com a escolha da pena mínima e máxima para o delito; a segunda, na fase judicial, com a escolha da quantidade da pena a ser imposta, conforme as circunstâncias e a intensidade do delito e do seu autor.

O *quantum* da pena a ser prevista e aplicada decorre do dever de proteção que o Estado deve promover para a sociedade, e não pode ser excessiva, sob pena de ser inibida, em razão da proibição do excesso, como, também não pode ser insuficiente.

Além do grupo de direito a ações estatais negativas, há o grupo de direito a ações estatais positivas, seja no campo fático, seja no campo normativo, isto, no campo da produção normativa, que vem a ser o campo da proibição da proteção deficiente.

É justamente, sob a óptica da proporcionalidade, em seus aspectos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que brota a proibição da proteção deficiente.

A adequação decorre da necessidade da produção legislativa indispensável, no campo normativo, para o alcance do direito pretendido, subtraído pela proteção deficiente.

A necessidade decorre justamente da proteção deficiente com a norma vigente.

A proporcionalidade em sentido estrito é a proporção entre a vantagem a ser obtida com a produção normativa e as desvantagens que venham a surgir, e o direito à vida e à segurança supera o direito à liberdade do autor do crime passível de prisão, como o homicídio.

No presente trabalho, ficou evidenciada a desproporção entre a pena mínima do crime de homicídio ser de seis anos, conforme o art. 121, *caput*, do Código Penal do Brasil, e a pena mínima para o crime de roubo com a prática de violência ou grave ameaça, com emprego de arma de fogo, se há violência, ou com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo, ou de artefato análogo, que cause perigo comum, ser de seis anos e oito meses, conforme o art. 157, § 2º-A, I e II, do Código Penal do Brasil.

Seja sob a óptica dos bens jurídicos da vida e do patrimônio, seja pela danosidade social, a vida tem importância superior em relação ao patrimônio, e a vida é a primeira cuja sua inviolabilidade é prevista, no art. 5º, *caput*, da CF/1988 e, por último, vem a propriedade.

O art. 5º, *caput*, da CF/1988 prevê a inviolabilidade do direito à vida e à segurança e, como tal, é dever do Estado proteger tais bens constitucionais.

Considerando-se a insuficiência normativa, e a sua proteção deficiente, não resta outro caminho que seja o direito à ação positiva normativa do Estado perante o Judiciário, diante da deficiência do Legislativo em sua produção normativa.

A proteção a ser seguida decorre do princípio da vedação da proteção deficiente, que surgiu na Alemanha, com a proteção do direito de nascimento ao nascituro, por meio de norma penal, diante do aborto previsto legalmente.

A proteção deficiente deve ser suprida pelo Judiciário, para que os direitos fundamentais, como a vida e a segurança, prevaleçam sobre terceiros, no que se refere ao direito à liberdade destes que venham a praticar delitos de homicídio, apenados com pena inferior ao crime de roubo com a prática de violência, ou grave ameaça, com emprego de arma de fogo, se há violência, ou com destruição ou rompimento de obstáculo, mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo, que cause perigo comum.

Robert Alexy, constitucionalista, reconheceu que o direito à proteção pode ter os mais diferentes objetos, inclusive a proteção contra homicídios, na forma mais tradicional, e são diversificadas as formas de proteção, inclusive por meio de normas de Direito Penal, e os direitos à proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas, em face do Estado.

A possibilidade jurídica de concretizar a proteção tem início com o reconhecimento do princípio da vedação da proteção deficiente, o que começou na Alemanha, passou por Portugal e foi mencionado no Brasil em decisões do STF.

Para tanto, é salutar reconhecer a inadequação da discussão de tal princípio em juízos de primeiro grau, diante da enormidade do número de membros e de possibilidades das decisões mais díspares, além de não ser um equivalente adequado em relação ao Poder Legislativo Federal. O STF guarda uma melhor altura compatível com a dignidade do Poder Legislativo, e não é dado o direito a uma Corte Constitucional ser impotente com um Poder Legislativo omissor.

O instrumento legal a ser manejado é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, mediante mutação constitucional, com a nova interpretação do dispositivo constitucional dos arts. 102, I, “a” e 103, § 2º da CF/1988, sem a mudança de sua redação na Constituição, para superar a ADO 6, que entendeu que não cabe ADO para discutir o mérito de lei existente no STF.

A adequação da ação advém do entendimento do STF que oportunizaria ao Congresso Nacional que legislasse sobre a matéria em discussão no prazo de dois anos, como já ocorreu em situação em omissão total, embora com prazos diversos, nas ADOs 24 (necessidade de lei de defesa do usuário de serviço público, no prazo de 120 dias), 63 (necessidade de edição de lei para preservar o Pantanal, no prazo de 18 meses), 85 (necessidade de edição de lei para regulamentar o direito dos trabalhadores urbanos e rurais de participar na gestão das empresas, no prazo de 24 meses).

O prazo de dois anos foi reconhecido como razoável na ADI 3682, e o STF entendeu que não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso

Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI 2.240, ADI 3.316, ADI 3.489 e ADI 3.689, para que as leis estaduais que criam Municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada e contemple as realidades desses Municípios.

No caso de persistência da omissão do Poder Legislativo, ou na produção de norma violadora da proibição deficiente, caberia ao STF decidir a norma que seria aplicável, como fez na ADO 26, onde se decidiu que, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF/1988, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, e constituem, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, *in fine*).

Veja-se que no campo do Direito comparado, a Corte homóloga da Alemanha, Tribunal Constitucional Federal, reconhece para si a atribuição de reconhecer a violação da proibição da proteção insuficiente e estipular regras, até que o Poder Legislativo legislasse sobre a matéria, o que afasta a proteção insuficiente.

Na primeira decisão sobre o aborto, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu que a previsão normativa que assegurara o aborto seria incompatível por violar o direito à vida do nascituro, e não pode a norma penal permitir o aborto. A permissão do aborto sem justificativa é incompatível com uma proteção eficiente da vida.

Na segunda decisão sobre o aborto, diante da nova legislação, que permitiu novamente o aborto na Alemanha, novamente o Tribunal Federal Constitucional considerou inconstitucional, e editou regras transitórias, sob o fundamento da proibição da proteção insuficiente.

Nos BVerfGE, 45, 187 (254 f.) (prisão perpétua) e 64, 261 (275) (saída da prisão), ele decidiu que há o dever do Estado de salvaguardar a segurança dos seus cidadãos e de proteger a vida e a dignidade humana das vítimas potenciais ou atuais de infrações penais, o que revela a natureza de direito fundamental merecedor do direito à proteção.

Observa-se como um parâmetro que poderia ser adotado para a pena mínima, que o art. 131, do Código Penal português⁵⁵⁴, que prevê a pena mínima de oito anos para o homicídio simples, já que o Direito Penal alemão prevê a prisão perpétua para quem comete o homicídio, conforme o § 211⁵⁵⁵, o que é, nesta última hipótese, incompatível com a Constituição Federal, que proíbe a prisão perpétua, conforme o art. 5º, XLVII.

⁵⁵⁴ PORTUGAL. **Lei nº 59, de 4 de setembro de 2007**. Código Penal. Disponível em: <https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/CP%20portugu%C3%AAs.pdf>. Acesso em 23 abr. 2024.

⁵⁵⁵ ALEMANHA. **Código Penal, de 13 de novembro de 1998**. Disponível em: https://www.gesetze-internet.de/stgb/_211.html. Acesso em 23 abr. 2024.

CONCLUSÃO

- 1) Para a convivência humana, há a necessidade do Direito Penal para a proteção do que é imprescindível para a sociedade, quando todas as proteções dos demais ramos do Direito houverem falhado.
- 2) A finalidade do Direito Penal é exercer a tutela, ou seja, a proteção do indivíduo em relação às agressões de terceiros, no que se refere aos bens jurídicos mais relevantes.
- 3) O Direito Penal busca proteger bens essenciais para a vida em comunidade para o funcionamento do sistema social, sempre buscando a paz social,
- 4) Assim como os homens abriram uma parte de sua liberdade em favor de um Direito Penal para não haver a guerra de todos contra todos, deve-se ter em mente que também as vítimas abriram mão da vingança privada, justamente para evitar a guerra de todos contra todos, em prol da punição estatal.
- 5) Cabe ao Estado, como depositário da confiança depositada por todos em prol convivência pacífica, agir com o seu dever na proteção dos direitos fundamentais, como aqueles à vida e à segurança.
- 6) Sempre haverá a necessidade da proteção da sociedade em razão do crime através da tipificação e da pena.
- 7) A escolha dos bens a serem protegidos pelas normas penais precede ao tipo penal, pois é a sua existência anterior e a sua importância que determinam a escolha legislativa para tipificar a sua violação como crime.
- 8) Com a tipificação penal, há a previsão da pena, com o seu caráter retributivo, e deve a pena, também, servir para inibir que a coletividade venha a praticar o crime e impedir que o apenado reitere a prática delitativa enquanto estiver recluso, e que venha delinquir futuramente.
- 9) Ao elaborar tipos penais incriminadores, deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade,
- 10) A pena deve ser guiada pela proporcionalidade entre a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, ou a sua danosidade social, e a quantidade da pena.
- 11) Há dois momentos em que ocorre o juízo da proporcionalidade sendo o primeiro, na fase legislativa, com a escolha da pena mínima e máxima para o delito; e o segundo, na fase judicial, com a escolha da quantidade da pena a ser imposta, conforme as circunstâncias e a intensidade do delito e do seu autor.

- 12) O *quantum* da pena a ser prevista e aplicada decorre do dever de proteção que o Estado deve promover para a sociedade, e não pode ser excessiva, sob pena de ser inibida, em razão da proibição do excesso, como, também não pode ser insuficiente.
- 13) A teoria absoluta tem o caráter retribucionista, pois concebe a pena como retribuição do delito, não havendo qualquer vinculação da pena a uma finalidade que não seja o castigo.
- 14) A teoria relativa, com caráter utilitarista, considera e justifica a pena só como um meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.
- 15) As teorias preventivas dividem-se em especiais e gerais.
- 16) A teoria preventiva especial se dirige exclusivamente ao delinquente, com o objetivo de que este não torne a transgredir, seja pela sua reeducação ou ressocialização, seja pela sua segregação do meio social.
- 17) A teoria preventiva geral se dirige à coletividade de modo geral, com o intuito de impedir a ocorrência de crimes futuros, seja pela intimidação, seja pela reafirmação do direito perante a comunidade.
- 18) O princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos.
- 19) O princípio da proporcionalidade contém três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.
- 20) A adequação consiste na pertinência ou aptidão que o meio escolhido possui para se atingir o fim pretendido.
- 21) A necessidade tem como objetivo verificar, em cotejo com a situação fática e o fim que se pretende atingir, se a medida escolhida é de fato a menos restritiva de direitos fundamentais.
- 22) A proporcionalidade em sentido estrito consiste em juízo de ponderação que aponte que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido.
- 23) Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa.
- 24) Direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas.
- 25) Entre as ações positivas normativas, pode-se incluir a criação de normas de proteção na seara do direito penal.

26) Foi na Alemanha que a ideia de “proibição de insuficiência” (*Untermassverbot*) foi inicialmente concebida.

27) A ausência de normas indispensáveis para a proteção mínima constitucional importa em inconstitucionalidade por violação à proibição de insuficiência.

28) A proibição da proteção insuficiente impõe limite mínimo ao legislador, que é obrigado a atuar por força de um dever de proteção decorrente do direito fundamental.

29) O dever de proteção consiste em dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

30) A proibição de proteção deficiente impede que o legislador penal renuncie livre e absolutamente (arbitrariamente) ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que deles se derivam, quando diante de um bem jurídico de inquestionável magnitude, superior, inclusive, àqueles cuja proteção penal é constitucionalmente requerida.

31) A proteção deficiente pode ser verificada se o Legislativo comina penas que ficam aquém da necessidade e da importância do bem jurídico a que se deve proteger.

32) Há a desproporção entre a pena mínima do crime de homicídio de seis anos, conforme o art. 121, *caput*, do Código Penal do Brasil, e a pena mínima para o crime de roubo com a prática de violência ou grave ameaça, com emprego de arma de fogo, ou se há violência, ou com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo, ou de artefato análogo, que cause perigo comum, de seis anos e oito meses, conforme o art. 157, § 2º-A, I e II, do Código Penal do Brasil.

33) Seja sob a óptica dos bens jurídicos da vida e do patrimônio, seja pela danosidade social, a vida tem importância superior em relação ao patrimônio, pois a vida é a primeira cuja sua inviolabilidade é prevista, no art. 5º, *caput*, da CF/1988 e, por último, vem a propriedade.

34) Considerando-se a insuficiência normativa, e a sua proteção deficiente, não resta outro caminho que não seja o direito à ação positiva normativa do Estado perante o Judiciário, diante da deficiência do Legislativo em sua produção normativa com base no princípio da vedação da proteção deficiente.

35) O instrumento legal que pode ser manejado é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, mediante mutação constitucional, com a nova interpretação do dispositivo constitucional dos arts. 102, I, “a” e 103, § 2º da CF/1988, sem a mudança de sua redação na Constituição, para superar a ADO 6, que entendeu que não cabe ADO para discutir o mérito de lei existente no STF.

36) A adequação da ação advém do entendimento do STF que oportunizaria ao Congresso Nacional que legislasse sobre a matéria em discussão no prazo de dois anos.

37) O prazo de dois anos foi reconhecido como razoável na ADI 3682, e o STF entendeu que não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável.

38) No caso de persistência da omissão do Poder Legislativo, ou na produção de norma violadora da proibição deficiente, caberia ao STF decidir a norma que seria aplicável, como fez na ADO 26, onde se decidiu que, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

ABDALLA, Taynara Amaral de Castro Zappalá. **Corrupção passiva e Corrupção ativa: criminalização da solitação x não criminalização da entrega**. Brasília: UNICEUB, 2015, 51 folhas.

ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. **Direito Penal e Constituição: Uma leitura do Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Orientador: Antônio Carlos da Ponte: Dissertação (Mestrado em Direito). 2010. 221 f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://ariel.pucsp.br/bitstream/handle/5491/1/Eduardo%20Piao%20Ortiz%20Abraao.pdf> f. Acesso em: 04 mai 2025.

ALCÁCER GUIRÃO, Rafael. **Los fines del derecho penal**. Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998.

_____. Die logische Analyse juristischer Entschcheidungen. *In*: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 13-51, 1995; Trad. para a língua portuguesa: A análise lógica de decisões jurídicas. *In*: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**.

_____. La construcción de los derechos fundamentales. *In*: Fazio, Federico de. (org.). **Princípios y proporcionalidad revisitados**. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México, 2021. 362 páginas. Parte I, p. 23 – 41.

_____. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. *In*: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1. ed., 3ª reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. 669 páginas.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 2ª edição. 2017. 670 páginas.

_____. **Theorie der Grundrechte**, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Theorie der Grundrechte**, 3ª. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1996 (reimp. 2001 y 2006).

- _____. (1979). **Zum Begriff des Rechtsprinzips**. In Rüthers/Fischer (Eds.), *Rechtstheorie*. München: C. H. Beck.
- ALMEIDA, Luís Nunes de. Portugal. *In: Aja (Org). Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo. *In: CARBONELL MATEU, J. C.; GONZALEZ CUSSAC, J. L; ORTS BERENGUER, E. (Dir.). Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. t. I.
- ALVES, Jaíza Sâmmara de Araújo; ALVES, Sabrina Layane Rodrigues Menezes. **Leis penais de caráter simbólico na atualidade: uma análise do projeto de lei anticrime perante o princípio da intervenção mínima do Estado**. V. 5. 2020.
- AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema juridico-penal de orientación político-criminal de Roxin. *In: SCHUNEMANN, Bernd (Comp.). El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° Aniversario*. Traducción de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.
- ANDRADE, Adriano. **Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.
- _____. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- _____. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ANJOS, Fernando Vernice dos. **Execução Penal e ressocialização**. Curitiba: Juruá, 2018.
- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)**. 7.ed. Livraria Freitas Bastos, 1938.
- ARANHA, Fernanda Maciel de Souza. Provas Ilícitas à Luz Do Princípio da Proporcionalidade: uma análise da busca pela eficiência processual penal. *In: Direito Contemporâneo: Estado e Sociedade*, [S.L.], p. 238-249, 18 set. 2023. Atena Editora. DOI: <http://dx.doi.org/10.22533/at.ed.93723180919>.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade**. Significado e Aplicação prática. Campinas: Copola, 2002.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Editora Principis: São Paulo. 2021. 256 páginas.
- ARROYO ZAPATERO, Luís. **Fundamento e función del sistema penal: el programa penal de la constitución**. Revista Jurídica Castilha – La Mancha, 1987.
- ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. **Poder punitivo e defesa social: fundamentos de criminologia e disciplina crítica do ato infracional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2020. 376 páginas.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teorias dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.** Brasília/DF: Universidade de Brasília, 2006, 295 folhas.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal: parte geral.** 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.

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

BARATTA, Alessandro. El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad. **Revista Doctrina Penal: teoria y práctica en las ciencias penales,** Buenos Aires, Depalma, v. 2, n. 5-8, 1979.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. 223 páginas.

_____. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,** 23 (1998): 65-78.

_____. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional.** Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BAYLES, Michael D. **Courts vs. Legislatures as protectors of human rights, Rechtstheorie,** Beiheft 8 (1985).

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dei delitti e delle pene,** Milano, 2000.

_____. **Dos delitos e das penas.** Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

_____. **Dos delitos e das penas.** Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal.** São Paulo: Quartier Latin editora, janeiro de 2014.

- BELING, Ernest. Il significato del principio nulla poena sine lege poenale nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale. *In: Giustizia Penale*, vol. XXXVII, Roma, 1931.
- BEMFICA, Francisco Vani. **Da teoria do crime**. São Paulo – Saraiva, 1990.
- BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Trad. Jose Luiz Guzman Dalbora. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio. G.P. de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Coleção ciências criminais, v. 1.
- _____. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no século XXI, v. 7).
- BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über dierechtmaßige Handlung und die Arten des Delikts**. Band T, Normen und Strafgesetze. 4. ed. (reimp.). Aalen: Scientia, 1965.
- _____. **Die Normen und ihre Übertretung**, vol. 1, 2.^a ed., 1890.
- _____. **Grundsiss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil Leipzig**; Felix Meiner, 1913.
- BIRNBAUM, Johann Michael. **Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens**. *Archiv des Criminalrechts*. Neue Folge Band 17, 1984.
- _____. **Über das Erfordernis einer Rochtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung**, *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, Halle, 1834.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt**. São Paulo, Saraiva, 1993.
- _____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt**. São Paulo, Saraiva, 2001.
- _____. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. 1, 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Tratado de direito penal: parte geral I – 20^a ed. rev., ampl. e atual.** – São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BLANKE, H.-J. El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y latinoamericano. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 9, p. 343-351, 1 dez. 2010.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte, *In: SILLER, Peter / KELLER, Bertram (Hg.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*. Baden-Baden: Nomos, 1999: 83-86.
- BOMHOFF, Jacco. **Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foudations of Judicial Balancing**. *German Law Journal*. v. 09, n. 02, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, editora Malheiros. 1994. 554 páginas.

- _____. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. 859 páginas.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiro, 2004.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
- BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **O Princípio da Igualdade na Perspectiva Penal**: temas atuais. São Paulo: Editora UNESP, 2007.
- BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte. Baden- Baden: Nomos, 1998.
- _____. **Grundrechte als Prinzipien**. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio De Janeiro: Forense, 2002.
- BROOKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente** (*untermassverbot*). Editora CRV, 1ª edição. 2020.
- BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976. 260 páginas.
- _____. **Direito penal**: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v.3.
- _____. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo III. 4ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984
- BUERGO, Blanca Mendoza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al Derecho Penal**, 2ª edição, Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.
- _____. **Pena y Estado, Bases críticas de un Derecho penal**. Madrid: Trotta, 2004. 142 páginas.
- _____. **Lecciones del Derecho penal**. Madrid: Trotta, 1997, vol. 1.
- CALLIESS, Christian: **Estado de direito e estado ambiental** – ao mesmo tempo uma contribuição para o dogma dos direitos fundamentais matemática no contexto de relações constitucionais multipolares. Tübingen, 2001.
- _____. **Rechtsstaat Und Umweltstaat**. Mohr Siebeck: Tubingen 2001. 685 páginas
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: **Direitos fundamentais e direito privado**, AcP 184 (1984), p. 202 e seguintes.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Grundrechte und Privatrecht**, AcP (Archiv für die civilistische Praxis). 1984.

_____. **Grundrechte und Privatrecht**, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999.

CANAS, Vitalino. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. *In: MIRANDA, Jorge. Perspectivas Constitucionais*. vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 323-357.

_____. Proporcionalidade (Princípio da) [verbete]. *In: Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, Lisboa, 1994, p. 591.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. Editora Saraiva Jur. 2ª edição. 2018. 2504 páginas.

_____. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6ª edição. Livraria Almedina – Coimbra. 2002. 1506 páginas.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed. Almedina, Coimbra, 2003. 1522 páginas.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed. Almedina, Coimbra, 2006. 1522 páginas.

_____. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**, Coimbra: Almedina, 1974.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Campinas, SP, LZN Editora, v. II. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas. 2002.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Condicionabilidade sociocultural do Direito Penal**. Análise histórica, sentidos e limites. Coimbra: Separata especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1985.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CLÉRICO, Maria Laura. **El Examen de Proporcionalidade Em El Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Eudeba, 2010. 700 páginas.

_____. Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot. *In: SIECKMANN, Jan-R. Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos. 2007.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal: parte general**. Editorial Tirant lo Blanch. 1999. 1000 páginas.

COELHO, Marcial Duarte. **Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição da proteção deficiente**: possíveis imbricações no processo penal brasileiro. Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima. 2018. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Maceió, 2018, Faculdade de Direito de Alagoas. Disponível em: <https://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/3235?mode=full>. Acesso em: 04 mai 2025.

CONTIERI, Enrico. **Evoluzione e prospettive del concetto di bene giuridico**. Tese (Doutorado em Direito). Università Degli Studi di Napoli Federico II, [S.L.], UNINA/FEDOA. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.6093/UNINA/FEDOA/11868>. Acesso em: 20 jan. 2025.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COPPOLA, Fabio. Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di 'valorizzazione' dal confronto com il sentencing system inglese. *In*: DODARO, Giandomenico; MANCUSO, Enrico Maria. **Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporâneo**: A cura di. Edizioni DipLap. 2017. Sezione II, p. 128-146.

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

CORTÉS, Lina Mariola Diaz. El Debate sobre la penalización o no del sexting primário entre menores: una aproximación desde los presupuestos del principio de proporcionalidad. *In*: DODARO, Giandomenico; MANCUSO, Enrico Maria. **Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporâneo**: A cura di. Edizioni DipLap. 2017.

COSTA, Vivian Raquel Sarmento. A representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves decorrentes da violência doméstica frente ao julgamento da ADIN 4424 pelo STF. Orientador: Marco Alexandre da Costa Rosário. 2013. 73 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Pará, Marabá, 2013. Disponível em: <https://repositorio.unifesspa.edu.br/bitstream/123456789/944/1/TCCA%20representa%3%a7%3%a3o%20da%20v%3%adtima....pdf>. Acesso em: 04 mai 2025.

CRUZ BOLÍVAR, Leonardo. Bien jurídico y deber legal: nociones complementarias en el código penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*. **Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia**, v. XIX, n° 61, jan./abr. 1997.

CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e crime**. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto, Universidade Católica Portuguesa. 1995. 451 páginas.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição do Crime**: da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CUSSAC, José Luis Gonzales. Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal. **Poder judicial**, n° 27, septiembre 1992.

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços públicos**. As ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad Editor, 2002.

DI PIETRO, Maria Silvy Zanello. **Direito Administrativo**, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal e estado-de-direito material**, RDP, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.
- DIETLEIN, Johannes. **Das Untermassverbot**, Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG), 1995.
- _____. **Die lebre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trotta, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O princípio da proporcionalidade como critério de aplicação da pena**. Orientador: Oswaldo Henrique Duek Marques. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/1236968/virginia-de-oliveira-rosa-dobrianskyj>. Acesso em: 05 mai. 2025.
- DOMINGOS, S. Conflito de princípios e o princípio da proporcionalidade. **Fund. Esc. Super. Minist. Público. Dist. Fed. Territ.**, Brasília, Ano 9, V. 18, p. 187-207, jul/dez. 2001.
- DONINI Massimo. **Teoria del reato**. Una introduzione, Padova, 1996.
- DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da Pena**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. Orientador Prof. Doutor Marco Antonio Marques da Silva. 2003. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/8288>. Acesso em: 04 mai 2025.
- _____. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007. 144 páginas.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 2ª ed., London: Duckworth, 1978.
- _____. **Levando os direitos à sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fonte, 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal: de acordo com as Leis nºs 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007/** Tiago Cintra Essado. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. 103 páginas.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y prevención general**. Buenos Aires, B de F, 2007. 925 páginas.
- FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. *In*: WUNDERLICH, Alexandre. (Coord.) **Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- _____. **A constituição penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. **Direitos fundamentais e direito penal:** a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco:** por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 272 páginas.
- FERNANDES, E. B. D. **Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização:** o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.], n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1007>. Acesso em: 12 set. 2024.
- FERNADES, Newton, FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada.** 3ª ed. rev. Atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, Sociedade de Risco e o Futuro do Direito Penal.** Livraria Almeida: Coimbra, 2001.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito.** Un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: BdeF Editorial, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 2000. 991 páginas.
- _____. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Diritto e ragione.** Teoria del garantismo penale, Laterza, 2009, 395 páginas.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania.** Traducción de la 14ª edición alemana Eugenio Raúl Zaffaroni y Irma Hagemeyer, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale.** Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995.
- FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito:** uma Teoria à Luz da Constituição. Orientador Professor Doutor Juarez Freitas Dissertação (Mestrado em Direito). 2006. 252 f. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Orientador Professor Doutor Juarez Freitas. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4299>. Acesso em: 04 mai 2025.
- FLACH, Michael Schneider. O princípio da proporcionalidade como limite penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre. n. 68. Jan 2011-abr 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 19ª ed. Petrópolis, Vozes, 1999. 262 páginas.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 1997.

- _____. O Estado, a Responsabilidade Extracontratual e o Princípio da Proporcionalidade. *In: Jurisdição e Direitos Fundamentais*. V. I. Tomo I, 2005.
- FRIESENHAHN, Ernst. **Der Wandel des Grundrechtsverständnisses**. 1984.
- FROMM, Erich. **Anatomia da destrutividade humana**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.
- GARCÍA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, vol. I, tomo I, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1954.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal: introducción**. Editorial Universitaria Ramón Areces. 4ª edição. 2006. 1056 páginas.
- _____. **Introducción al derecho penal**. 3. Ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 2005.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás. **El poder punitivo en el estado democrático**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.
- GARCÍA VITOR, Enrique Ulises. **La insignificancia en el derecho penal**. Dogmática, política criminal y regulación procesal del principio. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- GERVASONI, Tamiris Alessandra; LEAL, Mônia Clarissa Henning. O controle de políticas públicas pelo judiciário com fundamento no princípio da proibição de proteção insuficiente. **Revista Jovens Pesquisadores**, Santa Cruz do Sul, v. 4, n. 3, p. 125-137, nov. 2014.
- GIUSINO, Manfredi Parodi. **I reati di pericolo tra dogmatica e política criminale**. 1990. 466 páginas.
- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da Proporcionalidade e Extinção Antecipada da Pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madri: Colex, 1990.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal**. Poder Judicial, 2ª época, nº 27, sept. 1992.
- GONZALEZ RUS, Juan José. **Bien juridico y constitución (bases para una teoria)**. Madrid: Fundación Juan March, 1978.
- GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. **La teoria del bien jurídico en el derecho penal**. México: Prenzieto Editores, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/Aplicação do Direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (5 173 Strafgesetzbuch). **Revista brasileira de ciências criminais** 2010 - rbccrim 82.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence**. University Of Toronto Law Journal, v. 57, n. 2, Spring 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio da Teoria Constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária. 1989.

_____. Princípio da proporcionalidade e o Devido Processo Legal. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros 2005.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

_____. **Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade**. Revista dos Tribunais. São Paulo. V. 719. 1995.

_____. **Teoria processual da constituição**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

GUIRÃO, Rafael Alcácer. **Los fines del Derecho penal**. Una aproximación desde la filosofía política. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1998.

GUZ, Manoella. **Bem jurídico penal difuso e coletivo**. Orientador: Antônio Carlos da Ponte Dissertação (Mestrado em Direito) 2010. 206 f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8983>. Acesso em: 04 mai 2025.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn**. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

_____. **Faticidad y validez**. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. Fundamentos, estrutura, política. *In*: VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (Org.). **Direito penal**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles, Carlos Oliveira de Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odím Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005

_____. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª edição alemã, revista e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. **Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases Para Una Teoria de la Imputación en el Derecho Penal**, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1999.

_____. Pode haver crimes que não afetem um interesse jurídico criminal? *In:* HEFENDEHL/VON HIRSCH/ WOHLERS (eds.) **The Legal Interest Theory**, Baden-Baden 2003.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995

HAVERKATE, Görg. **Rechtsfragen des Leistungsstaats**. Tübingen: Mohr, 1983.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HENTIG, Hans Von. **La pena: Formas Primitivas y Conexiones Histórico-Culturales**. Madrid: Espasa-Calpe, 1967.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. C.F. Müller, 1990.

_____. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. C. F. Müller. 1999.

HIRSCHBERG, Lothar. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Göttingen: Schwartz, 1981.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho** (el objeto protegido por la norma penal). Barcelona: PPU, 1991, 181 páginas.

IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos, 1980.

ISENSEE, Josef. **Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht**. 1985.

_____. **Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates**. Berlin: de Gruyter, 1983.

_____; KIRCHHOF, Paul (Org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, Vol. V.

_____. **Verfassung ohne soziale Grundrechte**, *Der Staat* 19, 1980.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Tradução Joaquin Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Trad. e recompilação Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004.

_____. **Sobre la teoria de la pena**. Trad.: Manuel Cancio Meliá. Bogotá, Universidad Externado, 1998.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoria de um derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

- _____. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional.** São Paulo: Manole, 2003.
- JARASS, Hans D. Grundrechte als Wertentscheidungen. Objektivrechtliche Prinzipie in de Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. **Archiv des öffentlichen**, v. 110, n.03, 1985.
- JELLINEK, Georg, **System der subjektiven öffentlichen Rechte.** 2ª edição, Tübingen: Mohr, 1905.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas. **Tratado de Derecho Penal – Parte General,** p. 7/8. Granada: Editorial Comares, 5ª Edición, 2002.
- JESTAEDT, Matthias. **Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie.** Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena.** Barueri: Manole, 2004.
- KANT, Immanuel. **Fundamentación metafísica de las costumbres,** trad. Garcia Morente, 8. Ed., Madrid, 1983;
- _____. **Principios metafísicos de la doctrina del Derecho,** México, 1978.
- LACERDA, Fernando Hideo Iochida. **Direito penal mínimo e constituição: o bem jurídico como aquisição evolutiva e a criminalização de seu tempo.** Orientador: Cláudio José Langroiva Pereira. 2013. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo. Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6290/1/Fernando%20Hideo%20Iochida%20Lac erda.pdf>. Acesso em: 04 mai 2025.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. 728 páginas.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La proporcionalidad de la norma penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais,** ano 1, nº 0, maio-agosto 2000.
- LEISNER, Walter. **Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?** Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LESCH, Heiko. **La función de la pena.** Trad.: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid: Dykinson, 1999.
- LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el Derecho Penal.** Trad. Carlos Pérez del Valle. Bogotá: Temis, 1998.
- _____. **Tratado de direito penal alemão.** Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.
- _____. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Tradução: José Higino Duarte Pereira. Tomo I, 1 ed. Campinas: Russel Editores, 2003.
- _____. **Tratado de Direito Penal alemão.** Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.
- LOPEZ, Angel Torio. El sustracto antropológico de las teorías penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense** (separata), n. 11, Madid, 1986.

LOZANO, Carlos Blanco. **Tratado de Derecho Penal Español**: Tomo I: El sistema de la parte general. J. M. Bosch Editor. 2005. 488 páginas.

LUIZI, Luiz. **Princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. Rio de Janeiro: José Kondino Editor, 1975.

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de excesso e proteção insuficiente no processo penal**: as hipóteses de crimes sexuais contra a criança. I. ed. – São Paulo, Editora Verbatim, 2008.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000.

_____. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **Fundamentos da pena**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MARTINS, L. (Org). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005.

_____. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006.

MAUGERI, Anna Maria. I reati di sospetto dopo la pronuncia dela Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. p 436-486, 1999.

MAURER, Hartmut. **Staatsrecht**, 2. Aufl., München, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

_____. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO ALEXANDRINO, José. **Direitos Fundamentais**: Introdução Geral. Estoril: Principia, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Seleções Jurídicas da COAB**. São Paulo, nº 8, pp. 11-25, jul. 1993.

_____. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____; GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

- _____. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional** (2002-2010). São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, 14 (2000): 361-372.
- _____. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30 set. 2024.
- _____. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, (pp. 179-199).
- MERLO, Andrea. La proporzionalità, L'isola non trovata e la stella polare della corte costituzionale. *In*: DODARO, Giandomenico; MANCUSO, Enrico Maria. **Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo: A cura di**. Edizioni DipLap. 2017. Sezione II, p. 109-127.
- MERTEN, Detler. **Handlungsgrundrechte als Verhaltensgarantie**. VerwArch 73 (1982).
- MESSUTI, Ana. **El tiempo como pena**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- MILITELLO, Vincenzo. **Prevenzione generale e commisurazione della pena**. Milano, Giuffrè, 1982.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5º ed. Coimbra: Coimbra, 2015.
- MIR PUIG, Santiago. Constitución, derecho penal y globalización. *In*: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir). **Política criminal y reforma penal**. Madrid: Edisofer, 2007.
- _____. **Derecho Penal**. Parte General. 6 ed. Barcelona: Reppertor, 2002.
- _____. **Derecho penal: parte general**. 9. Ed. Barcelona: (Reppertor, 2011).
- _____. **El Derecho Penal en Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.
- _____. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal. *In*: CARBONELL MATEU, J. C; GONZALEZ CUSSAC, J. L; ORTS BERENGUER, E. (Dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Semblanzas y estudios con motivo del setenta

aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. t. II.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal.** Concepto y método. Barcelona: Bosch, 1976.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal.** 2. Ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

_____. Límites del normativismo em derecho penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, nº 7-18, 2005. Disponível em: <http://www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em:

_____. Revisión de la teoría del delito en un estado social y democrático de derecho. **Crimen y castigo: Cuaderno del departamento de derecho penal y criminología de la Facultad de Derecho U.B.A.**, Buenos Aires: Depalma, ano I, n. 1, p. 129-132, ago. 2001.

_____. Valoraciones, normas y antijuridicidade material. *In*: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo.** Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2003.

MONREAL, Eduardo Novoa. Reflexões para a determinação e delimitação do direito econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**. V. 33, p. 109-110, 1982.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** Curitiba, Juruá, 2008. 353 páginas.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.** Orientador: Lenio Luiz Streck. Tese (Doutorado em Direito). 2013. 346f. São Leopoldo/RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013. Disponível em: https://sucupira-legado.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=378929. Acesso em: 29 abr. 2025.

MÜLLER, Friedrich. **Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik.** 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1990 (1. Aufl., 1969).

_____. **Juristische Methodik.** 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1995 (1. Aufl., 1971).

_____; PIEROTH, Bodo; FOHMANN, Lothar. **Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie.** Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

MÜNCH, Ingo Von. **Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland,** Frankfurt am Main: Peter Lang. 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social.** Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

_____; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal, parte general.** 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____. **Introducción al Derecho penal.** Barcelona, Bosch, 1975.

_____. **Introducción al Derecho penal.** 2ª ed. Buenos Aires: B. de F. Barcelona, 2001.

_____. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, Fabris. 1988. 238 páginas.

MURMANN, Uwe. Función crítica del concepto de bien jurídico *versus* Constitución? In: AMBOS, Kai; BOHM, Maria Laura; ZULUAGA, John (org.). **Desarrollos actuales de las ciências criminales em Alemania**. Série CEDPAL, volumen 1. 2016. Cap. V, p. 95-102.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 1, atual. por Adalberto José Q. T de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2ª edição. Coimbra, Wolters Kluwer. 2010. 1018 páginas.

_____. **Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do Dever de Proteção à Proibição do Défice**. 2018.

_____. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. 1ª edição. São Paulo: Editora Almedina, 2019. 290 páginas.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

_____. **Individualização da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral: Parte Especial. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Miguel Tassinari. **Bem jurídico-penal e constituição**. Orientador: Marco Antonio Marques da Silva Dissertação (Mestrado e Direito). 2010, 169 f. São Paulo, Pontificia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP., 2010, p. 08. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8941/1/Miguel%20Tassinari%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 04 mai 2025.

OLIVEIRA, Renata Camilo de. **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**. Berlim: Duncker & Humblot, 2013.

PACHECO, Denílson Feitoza. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PENALVA, Ernesto PEDRAZ; BENITO, Victoria ORTEGA. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas. **Poder Judicial**, 17, 1990, pp. 69-98.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Estado de derecho y derechos fundamentales**. 8. ed. Madri: Tecnos, 2003.

PIEIDADE, Antonio Sergio Cordeiro. **Criminalidade organizada e a dupla face do princípio da proporcionalidade**. Orientador: Antonio Carlos da Ponte. 2013. 191 f. Tese (Doutorado) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em:

<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6194/1/Antonio%20Sergio%20Cordeiro%20Piedade.pdf>. Acesso em: 04 mai 2025.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais** (*Staatsrecht: Grundrecht*). São Paulo: Saraiva, 2012.

PIO XII, Papa. **Discurso de Su Santidad Pío XII a los Participantes en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal**, datado de 3 de outubro de 1953, [n.p.] Disponível em: https://www.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1953/documents/hf_p-xii_spe_19531003_diritto-penale.html Acesso em 27 abr. 2025.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del derecho penal. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**, nº 31, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, 2004.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Inimputabilidade e Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Inimputabilidade e Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; AOKI, Luiz Gustavo de Oliveira Santos. O direito penal eleitoral e seus bens jurídicos. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral** (coleção): Direito Penal e Processo Penal Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 8.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética. 2000. 207 páginas.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: Procedimentos e aspectos do julgamento: questionários**. 12ª edição. São Paulo, Saraiva. 2007. 454 páginas.

POSCHER, Ralf: **Grundrechte als Abwehrrechte**. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.

POVEDA PERDOMO, Alberto. Fundamentación material del injusto: entre ele Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensori de la vigencia de la norma, em **AP nº 21**, 1998, páginas 407-422.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. Editora Forense. 8ª edição. 2018. 160 páginas.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

_____. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los

derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

_____. **El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** 3ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2006. 477 páginas.

_____. **Funções do Direito Penal.** Legitimação *versus* Deslegitimação do Sistema Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLES, Carlos Suárez e MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal.** Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Organização e tradução por André Luís Callegari. Barueri, São Paulo. 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RECCHIA, Nicola. Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: identità, complementarità o alternatività? *In:* DODARO, Giandomenico; MANCUSO, Enrico Maria. **Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo:** A cura di. Edizioni DipLap. 2017. Sezione II, p. 101-108.

REZEK NETO, Chade. **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. **O mito da função ressocializadora da pena: a intervenção no sistema penal como fator de estigmatização do indivíduo criminalizado.** São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2006, 222 páginas.

ROCHA JÚNIOR, Luís Clóvis Machado da. A erosão da constituição nos tribunais: premissas do fenômeno e propostas de controlo. Orientador: Carlos Manuel Blanco de Moraes: 2023. 980 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ulisboa.pt/handle/10451/61319?mode=simple>. Acesso em: 04 mai 2025.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade.** Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

ROTEMBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 1999.

_____. **Princípios Constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003. 96 páginas.

ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa. **Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra**, v. 59, 1983.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Organização tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Derecho Penal.** Parte general. Traducción de la 2ª ed. Alemã por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Derecho penal:** parte general. Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas. 1ª edição. 2006. 1072 páginas.

_____. **El legislador no lo puede todo.** Traducción de Manuel Abanto Viquez. Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales, nº 12, 2 época, 2005.

_____. **Estudos de Direito Penal.** 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 232 páginas.

_____. **La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. Culpabilidad y prevención en derecho penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. **Política criminal y estructura del delito:** elementos del delito en base a la política criminal. Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal.** Traducción de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. **Problemas actuales de dogmática penal.** Traducción de Manuel A. Abanto Vasquez Lima: Ara Editores, 2004.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3ª. Ed. Lisboa, Coleção Veja Universitária, 1998.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3ª edição. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Imprensa: Lisboa, Vega, 2004. 361 páginas.

_____. **Sentido y límites de la pena estatal.** Problemas básicos del Derecho penal. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. Tradução de Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 35, jul.-set. 2001.

_____; GUNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RUPOLPHI, Hans-Joachim. El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal. *In:* SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Estudios em honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Trad. Jesús Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O controlo jurisdicional das políticas públicas dos direitos sociais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. J.M. Bosch Editor. 1992.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Justiça penal: história e teorias da pena** / Luciano de Freitas Santoro. 1ª ed. São Paulo: Independently published, 2019, 140 páginas.

SANTOS, Evânio José de Moura. Corrupção eleitoral, princípio da proporcionalidade e proteção jurídica insuficiente. Orientador: Christiano Jorge Santos: 2018. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://ariel.pucsp.br/bitstream/handle/21304/2/Ev%c3%a2nio%20Jos%c3%a9%20de%20Moura%20Santos.pdf>. Acesso em: 04 mai 2025.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANZ MORÁN, Ángel José. Reflexiones sobre el bien jurídico. *In*: CARBONELL MATEU, J. C; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L; ORTS BERENQUER, E. (Dir.) **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo. 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. *In*: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org). **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *In*: **Revista de Estudos Criminais** n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo: RT, n. 47, mar.-abr. 2004.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

_____. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160–209, 2006. DOI: 10.12662/2447-6641oj.v4i7.p160-209.2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>. Acesso em: 14 ago. 2024.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org). **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador : Juspodivm, 2010.

_____; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e reações privadas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Lúmen Juris, 2006.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Beatriz Henning *et al.* Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SCHERZBERG, Arno. **Grundrechtsschutz Und Eingriffsintensitat**. Das Ausmass individueller Grundrechtssbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

SCHLINK, Bernhard. **Abwägung im Verfassungsrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Revista Interesse Público** 2/95 et seq., abr.-jun.1999.

SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **Teorias da personalidade**. 1. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2002. XVII, 528 p.

SCHUPPERT, Gunnar Folke. **Funktionell-rechtliche Grezen der Verfassungsinterpretation**. Königstein: Athenäum 1980.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Jorge Pereira. **Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais**. Editora Universidade Católica. 2015.

SILVA, José Geraldo da. **Teoria do crime**. 5. ed. Campinas, SP: Millennium Editora. 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, n. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002: 23-50.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. 158 páginas.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual**. Interesses Difusos. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 3.

_____. **Linhas reitoras da adequação social em direito penal**. 2009. Professor Titular – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SMANIO, Gianpolo Poggio. **A tutela penal constitucional**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, jul/set 2002.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. **Revista Forense** 96, 349 (2000): 29-41.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira, de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalhos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STAECHELIN, Gregor: A “proibição de subdimensionamento” pode ser conciliada com um conceito liberal de direito penal? Sobre o estado impossível do direito penal, **Estudos Criminológicos de Frankfurt**, Volume 50, Frankfurt am Main 1995.

_____. **Es compatible la prohibición de infraprotección con una concepción liberal del derecho penal?** Trad. David Felip i Saborit. In: La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000.

STARCK, Christian. **Praxis der Verfassungsauslegung** (Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit). Baden-Baden: Nomos, 2006. 320 páginas.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STORRING, Lars Peter. **Das Untermassverbot in der Diskussion: Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur**. Berlin: Duncker & Humblot. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*ubermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, n. 97, março de 2005.

_____. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n° 22. 2005. P. 163-187, jul./dez.

_____. As (novas) Penas Alternativas à Luz da Princiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade. In: FAYET JR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (org.). **A sociedade, a Violência e o Direito Penal**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 127.

_____. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** n° 80, Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, n° 98, junho/2005.

_____. Entre Hobbes e Rousseau - a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. *In*: _____. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. 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”? **Jus.com**, 2025. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>. Acesso em 20 abr. 2025.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SWEET, Alex Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality, Judicial Review, and Global Constitutionalism. *In*: BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara (orgs.). **Reasonableness and Law**. New York: Springer, 2009.

SYLVESTER JORDAN. **Neues Archiv des Criminalsrechts**, vol. 11 (1830), p. 215.

TAPIA, Maria Immaculada Ramos; WOISCHNIK, Jan. Principios constitucionales em la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001.

TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 0. P. 75. Jan-Dez 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. XLIII, fasc. 1, enero-abr. 1980.

_____. **Sobre el concepto del derecho penal**. Madrid: Universidad de Madrid, 1981.

TZEMOS, Vasileios. **Das Untermaßverbot**. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2004.

VAN DER BROOCKE, Alexandre Moreira. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente (Untermassverbot)**. Curitiba: Editora CRV, 2016.

VICENTE, Laura Nunes. O Princípio da Proporcionalidade, Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo. **Studocu**, 2025. Disponível em: <https://www.studocu.com/pt/document/universidade-de-lisboa/direito/proporcionalidade-pdf/11407219>, p. 32. Acesso em: 27 set. 2024.

VICENTE MARTINEZ, Rosario de. **El principio de legalidad penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VOGEL, Joachim. Legislación penal y ciencia del derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2 época, nº 11, 2003.

WEISS, Wolfgang: **Privatização e tarefas estatais**, Tübingen 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

_____. **Derecho penal alemán.** 11ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

_____. **Derecho penal alemán.** Parte general. 11. ed. (4. ed. castellana). Traducción de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

_____. **Derecho Penal Alemán.** Parte General. Traducción de la 2 ed. Alemã por Diogo Manuel Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vincente Remesal Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Direito Penal.** Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto. **Verwaltungsrecht.** C.H. Beck. 2000.

_____. **Verwaltungsrecht,** III, 4ª edição. C.H. Beck. 1978.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. **Revista Debate Penal,** Buenos Aires, Editorial San Marcos, v. 4-6, n. 10-12, 1993.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro,** parte geral. 3ª edição rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. 3. ed. Madri: Trotta, 1999.

ZANELLA, Everton Luiz. **Proteção penal deficiente nos crimes contra a ordem tributária:** necessidade de readequação do sistema punitivo para a efetiva implementação do Estado Democrático de Direito. Orientador: Antonio Carlos da Ponte 2009. 165 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em:
<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8798/1/Everton%20Luiz%20Zanella.pdf>.
Acesso em: 04 mai 2025.

ZORZAN, Adaltro Cristiano; LYRA, José Francisco Dias da Costa. A modernização do direito penal e o princípio da proporcionalidade: uma necessária dialética. **Revistas Eletrônicas Cnec/Iesa,** Santo Angelo, v. 4, n. 2, p. 69-92, nov. 2012.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de Derecho Penal:** parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal: introducción teórico-práctica a sus problemas básicos. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.