Artigos que revisitam
textos de destaque nos
25 anos da RBCCRIM

RBCCRIM 25 anos

25 ANOS IBCCRIM
editora D'PLÁCIDO

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini

Diagramação
Christiane Morais de Oliveira

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido e do IBCCRIM.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)
Rua 11 de Agosto, 52, 2.º andar
CEP 01018-010 – São Paulo, SP, Brasil
tel.: (xx 55 11) 3111-1040 (tronco-chave)
http://www.ibccrim.org.br
Tiragem: 2.000 exemplares

Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

IBCCRIM 25 anos -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-667-9

1. Direito. 2. Ciências Criminais. I. Título. II. Autor

CDU343 CDD341.5

DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018 DO IBCCRIM

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE
Cristiano Avila Maronna

1º VICE-PRESIDENTE
Alexis Couto de Brito

2ª VICE-PRESIDENTE
Eleonora Rangel Nacif

1º SECRETÁRIO
Renato Stanziola Vieira

2º SECRETÁRIO
Carlos Roberto Isa

1º TESOUREIRO
Edson Luis Baldan

2º TESOUREIRO
Bruno Shimizu

DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
André Adriano Nascimento da Silva

ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA
Jacqueline Sinhoretto

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE
Andre Pires de Andrade Kehdi

MEMBROS
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDOR
Rogério Fernando Taffarello

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

AMICUS CURIAE
Maurício Stegmann Dieter

ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO
Roberto Portugal de Biazi

BIBLIOTECA
Renato Watanabe de Morais

BOLETIM
Fernando Gardinali Caetano Dias

COMUNICAÇÃO
Gabriel de Freitas Queiroz

CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDOS E DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO
Silvio Luiz de Almeida

CONVÊNIOS
João Paulo Martinelli

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL
Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

CURSOS
Yuri Felix

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS
Luis Guilherme Mendes de Paiva

ESTUDOS SOBRE *HABEAS CORPUS*
Alberto Zacharias Toron

INFÂNCIA E JUVENTUDE
Mariana Chies S. Santos

INICIAÇÃO CIENTÍFICA
Natália Macedo Sanzovo

JOURNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Marina Pinhão Coelho Araújo

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Enedina do Amparo Alves

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES
Maurides de Melo Ribeiro

MONOGRAFIAS
Frederico Normanha de Almeida

NÚCLEO DE PESQUISAS
Juliana de Oliveira Carlos

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS
Luis Carlos Valois

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

REVISTA LIBERDADES
Ivan Luis Marques da Silva

SISTEMA PRISIONAL
Paulo Cesar Malvezzi

21º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida

23º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Alexis Couto de Brito

GRUPOS DE ESTUDOS

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS
César Mortari Barreira

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS
Natália Macedo Sanzovo

COMISSÃO ESPECIAL IBCCRIM COIMBRA

PRESIDENTE
Rafael Serra de Oliveira

EQUIPE DO IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL
Luciana Zaffalon

EQUIPE
Ana Paula Barreto

NÚCLEO ADMINISTRATIVO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis

EQUIPE
Andrea dos Santos
Alexandre Soledade
Camila Silva
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes
Priscila Nicastro
Vanessa Lima
Victor Nogueira

NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA

SUPERVISÃO
Carolina Diniz

EQUIPE
Gabriel Elias
Lorraine Carvalho Silva
Rafael Vieira

NÚCLEO DE BIBLIOTECA

SUPERVISÃO
Helena Curvello

EQUIPE
Anderson Campos
Natalí Santos
Simone Nogueira

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

SUPERVISÃO
Cristina Uchôa

EQUIPE
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO
Allyne Andrade

EQUIPE
Andreza Martiniano
Ana Paula Silva
Hegle Borges
Tânia Andrade

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO
Adriano Galvão

EQUIPE
Eduardo Santana
Taynara Lira
Willians Meneses

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO - 25 ANOS! 10
Sérgio Salomão Shecaira

SOBRE A RBCCRIM 13

1. TRATAMENTO PENAL DE DROGAS NO BRASIL: PERMANÊNCIA DO PROIBICIONISMO E VIOLÊNCIA DO SISTEMA DE CONTROLE 15
Beatriz Vargas Ramos

2. EL DERECHO PENAL ANTE LOS RIESGOS DEL TOTALITARISMO CORPORATIVO 37
E. Raúl Zaffaroni

3. CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL. NOVOS E VELHOS PROBLEMAS À LUZ DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA 45
Fabio Roberto D'Avila
Raquel Lima Scalcon

4. PROVAS ETICAMENTE INADMISSÍVEIS NO PROCESSO PENAL: EM MEMÓRIA DE ADAUTO SUANNES 73
Geraldo Prado

5. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UM PANORAMA SOBRE SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO 91
Helena Regina Lobo da Costa

6. HASSEMER E OS "LÍMITES DEL ESTADO DE DERECHO PARA EL COMBATE CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA" (GLOSAS) 109
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

7. SEGURANÇA PÚBLICA E ESTADO DE DIREITO, 25 ANOS: DIÁLOGO PRAGMÁTICO COM WINFRIED HASSEMER 131
Jacqueline Sinhoretto
David Marques

8. ADOLESCENTES E CRIMINALIDADE NA CIDADE DE SÃO PAULO: VELHOS E NOVOS PROBLEMAS 153
Liana de Paula
Mariana Chies Santiago Santos

9. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO PENAL: EXPANSIONISMO PUNITIVO Y SELECTIVIDAD 173
Luis Fernando Niño

10. COMENTÁRIO AO ESTUDO DE SCHÜNEMANN "O DIREITO PENAL É A ULTIMA RATIO DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS! – SOBRE OS LIMITES INVIOLÁVEIS DO DIREITO PENAL EM UM ESTADO DE DIREITO LIBERAL" 201
Luís Greco

11. *NON DUCOR DUCO*. AINDA SOBRE OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL 211
Marcos Zilli

12. A IMPORTÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE CRIMES E COMINAÇÃO DE PENAS 235
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

13. A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA DO DIREITO PENAL DE ALESSANDRO BARATTA: CAMINHOS PARA UMA DOGMÁTICA PENAL CRÍTICA 249
Mauricio Stegemann Dieter

14. A RECORRENTE BUSCA DA DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO: A ATUAL LEITURA SOBRE A POSSÍVEL TERCEIRA VIA ENTRE O CRIME E A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA 265
Renato de Mello Jorge Silveira

TEXTOS REVISITADOS 281

SOBRE OS AUTORES 285

CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL. NOVOS E VELHOS PROBLEMAS À LUZ DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

3

Fabio Roberto D'Avila[1]
Raquel Lima Scalcon[2]

Em viva adesão aos objetivos que iluminam este livro em comemoração aos 25 anos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o presente escrito ocupa-se da discussão nacional acerca dos cruzamentos entre Constituição e direito penal, a partir do decisivo contributo de Ingo Sarlet em seu texto "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência", publicado em 2004. Para tanto, busca-se analisar alguns dos aspectos atinentes ao exame de proporcionalidade, de proibição do excesso e de proteção deficiente na experiência brasileira, com especial atenção à problemática aplicação da proibição de proteção insuficiente em matéria penal.[3]

1. INTRODUÇÃO

Em 3 de outubro de 2003, por ocasião do 9º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Ingo Wolfgang Sarlet proferiu uma notável conferência sobre o tema da proporcionalidade no direito penal, a qual viria a conformar o ensaio "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência", posteriormente publicado no número 47 da Revista Brasileira de Ciências

---

1 Professor Titular de Direito Penal da Escola de Direito e do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-doutor em Ciências Penais pela Universidade de Frankfurt am Main, Alemanha. Advogado criminal.

2 Professora de Direito Penal na Faculdade de Direito da Uniritter Porto Alegre/RS e Canoas/RS. Doutora em Direito pela UFRGS

3 Os autores registram o seu vivo agradecimento ao Mestre em Ciências Criminais da PUCRS, Lucas Minorelli, pela leitura e revisão final do texto.

Criminais (ano 2004). Esse estudo, que ora anima o presente escrito, transcorridos quase quinze anos, mostrou-se, por um lado, verdadeiramente referencial na literatura nacional e, por outro, dotado de particular lucidez e atualidade. A sua consistente crítica à deslegitimação das instituições públicas, à incapacidade de contenção do poder punitivo pelos direitos fundamentais de liberdade e, ainda, ao amplo arbítrio das decisões judiciais em matéria penal, com o passar do tempo, parece ter ganhado ainda mais em força e eloquência, convertendo-se em inapelável chamamento à reflexão acerca do estado atual da práxis penal brasileira. Tudo a justificar o presente escrito e a homenagem que ele encerra.

À época, pode-se afirmar que a discussão acerca das relações entre direito penal e Constituição (mediadas pelo princípio da proporcionalidade) – sobre a qual outras culturas jurídicas já tanto haviam produzido[4] – ainda era incipiente na doutrina e na prática dos tribunais brasileiros[5]. Especificamente no tocante ao papel da proporcionalidade na conformação e na redução da margem de ação do legislador penal, quatro importantes trabalhos, nitidamente interligados, foram então produzidos: *(i)* "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência" (2003 e 2004), de Ingo Sarlet[6]; *(ii)* "O princípio da proporcionalidade no direito penal"

---

[4] Ilustrativamente, conferir, na doutrina em língua alemã (de origem austríaca e alemã), LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr, 1996; APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998; na doutrina portuguesa, consultar COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 2, n. 2, p. 173-205, 1992; FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e Crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995; na doutrina italiana, ver BRICOLA, Franco. Teoria Generale del Reato. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. 14, p. 07-93, 1973; PALAZZO, Francesco. *Valori Costituzionali e Diritto Penale*. Milano: 1985, p. 531 ss; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, 1994; DONINI, Massimo. Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana. *Il Foro Italiano*, v. 124, n. 2, p. 29-45, 2001. Por fim, na doutrina espanhola, consultar, dentre outros, MUÑOZ LORENTE, José. Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Madrid, n. 6, p. 103-131, 2001.

[5] A afirmação merece um esclarecimento. Não se está a sustentar que a doutrina e os tribunais brasileiros ignoravam os problemas teóricos e práticos pertinentes à relação entre Constituição e Direito Penal. Contudo, tais discussões estavam centradas no papel da Constituição na identificação de bens jurídicos merecedores de tutela penal (*dignidade penal*). Relativamente a isso, é inegável a existência de estudo e pensamento crítico no Brasil desde longo tempo (ver, por exemplo, LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *Revista CEJ,* v. 2, n. 4, p. 103-108, 1998). Contudo, o exame do papel da proporcionalidade, da proibição de excesso e da proibição de insuficiência na *restrição* da liberdade de configuração do legislador penal, isto é, como critério crítico da intervenção penal alternativo aos critérios propostos pela teoria do bem jurídico penal. Sobre esta contraposição, consultar especialmente a seção *b* (*teoría del bien jurídico y derecho constitucional*) da coletânea organizada por Roland Hefendehl (HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95 ss).

[6] SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências*

(2003), de Mariângela Gomes de Magalhães[7]; *(iii)* "A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)" (2005), de Lenio Luiz Streck[8] e *(iv)* "A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais" (2005), de Luciano Feldens[9]. As ideias de Sarlet, em particular, foram inicialmente registradas na Revista de Estudos Criminais, número 12, em 2003, para então, em 2004, vir a constituir, no número 47, um dos mais consultados e referidos artigos da história da Revista Brasileira de Ciências Criminais. É hoje, pois, indiscutivelmente, um dos marcos inaugurais da discussão no Brasil.

Nesse preciso horizonte, e em viva adesão às razões que movem esta obra em homenagem aos 25 anos do IBCCRIM, o presente artigo busca uma nova aproximação com o debate então inaugurado, propondo alguns parâmetros de desenvolvimento à luz dos problemas diagnosticados na prática penal brasileira. Iniciamos, pois, na primeira seção deste escrito, por identificar algumas das teses fundamentais desenvolvidas por Sarlet, para, a seguir, proceder a breves comentários sobre cada uma delas, tendo em conta, sempre que possível, a jurisprudência pátria. A segunda seção, por sua vez, está dedicada ao exame dos eventuais problemas teóricos e práticos diagnosticados na seção precedente. A amplitude da matéria, todavia, exige a eleição de um ponto fundamental, o que se faz em favor da reflexão em torno dos limites de compatibilização e de aplicação da proibição de proteção insuficiente em matéria penal.

2. O REGASTE DA DISCUSSÃO. BREVE APROXIMAÇÃO DAS TESES FUNDAMENTAIS DO ENSAIO "CONSTITUIÇÃO E PROPORCIONALIDADE: O DIREITO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA"

Para melhor compreender o alcance das proposições constantes no ensaio que anima este escrito, bem como o impacto teórico e prático desde então verificados no contexto brasileiro, passaremos a relatar seus pontos fundamentais, organizando-os sob a forma de 07 (sete) assertivas/teses. É o que se passa a realizar:

Tese 1:"(...) Necessidade de superar moral, jurídica e socialmente a era dos extremos (...), de tal sorte a combater tanto o abolicionismo, quanto a intole-

---

Criminais, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004. O artigo foi originalmente publicado na *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, pp. 86-120, 2003.

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

8 STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 243-284, 2004.

9 FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

rável 'tolerância zero'. Com efeito, uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista da proporcionalidade não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem *mite,* tal qual sugere Zagrebelsky, de acordo com quem caminha para um direito da equidade (...)"[10].

Comentário 1: o escrito é inaugurado, como é de rigor, com a declaração das premissas teóricas do autor. Nesse sentido, Sarlet posiciona-se entre duas compreensões antagônicas, sustentando que o limite superior e inferior da proporcionalidade (respectivamente, proibição de excesso e proibição de insuficiência), quando aplicados ao direito penal, impedem a adoção tanto de uma perspectiva abolicionista, quanto de medidas de política criminal típicas de movimentos de lei e ordem, de direito penal do autor ou, ainda, de tolerância zero. Essa é, pois, a premissa básica do ensaio.

Tese 2: "A discussão em torno das funções e limites do direito penal num Estado Democrático de Direito passa inquestionavelmente por uma reavaliação da concepção de bem jurídico e o seu devido redimensionamento à luz da nossa realidade (fática e normativa) constitucional (que é de uma constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social, convém lembrar), o que, por sua vez, nos remete à problemática dos deveres de proteção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e aos contornos possíveis de uma teoria garantista (e, portanto, afinada com as exigências da proporcionalidade) do Estado, da Constituição e do direito penal"[11].

Comentário 2: na seção *dois* de seu escrito, o autor passa a narrar o que denominou de "crise do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais"[12]. Nesse sentido, afirma que a globalização, muito embora gere diversos efeitos positivos sobre direitos fundamentais, também acaba por ensejar tanto outros negativos, dentre os quais destacou um crescente nível de exclusão social. Sustenta, ainda, a presença de um fenômeno de ampla confusão entre interesses do Estado e interesses privados de agentes econômicos, cada vez mais "entrincheirados no próprio Estado (governo), que estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, chegando-se no quase aniquilamento de boa parte das conquistas sociais"[13].

Para o autor, tal crise – que se revela em especial no âmbito dos direitos sociais – estaria impactando diretamente a *função* e os *limites* do Direito Penal. Isso porque, ao conduzir o país a um crescente nível de "violência social", com consequente aumento de atos de agressão a bens fundamentais de caráter individual (vida, integridade, liberdade etc.) e transindividual (meio ambiente,

---

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 65. Sobre o conceito de "ductibilidade constitucional" (isto é, *mitezza costituzionale*) e suas implicações teóricas e práticas, conferir ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos y justicia. Traduzido por Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 14 ss.

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 79.

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 66.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 68.

patrimônio histórico, cultural etc.), exigiria do próprio Estado um repensar sobre as *respostas disponíveis ao enfrentamento do mais e mais complexo fenômeno da criminalidade*. No mesmo sentido, defende que a crise de realização de direitos fundamentais levou a uma crise paralela de "segurança dos direitos"[14]. Muito embora se trate de expressão que admite múltiplos significados, resta claro que o autor a emprega para nominar uma precisa situação: a agressão ou o perigo a direitos fundamentais de alguns cidadãos gerados pela conduta de outros cidadãos e a consequente necessidade de o Estado intervir, de modo a *protegê-los* contra tais violações (deveres de proteção do Estado)[15].

Tese 3: "Os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas (...) constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, (...) os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais"[16].

Comentário 3: dando sequência à argumentação, Sarlet passa a enfrentar a temática da "dimensão objetiva" dos direitos fundamentais (também dita "dimensão axiológica"), opondo-a à "dimensão subjetiva"[17]. Segundo o autor, a positivação de um direito fundamental na Constituição apresenta uma *dupla* eficácia: uma, no plano subjetivo, no sentido de se garantir ao cidadão-titular do direito fundamental o seu exercício e a sua judiciabilidade; outra, no plano objetivo e, portanto, destacado *do exercício individual do titular do direito*, em razão do qual se exige do Estado medidas extras de *promoção* e de *fomento* do bem jurídico derivado da norma de direito fundamental. Como exemplo, recorre-se à seguinte distinção: o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, ao afirmar que o Estado brasileiro garante a inviolabilidade da vida e da liberdade, está, ao mesmo tempo, (i) conferindo a cada cidadão um direito fundamental

---

[14] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 73.

[15] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 73. Sobre o ponto, ver ainda FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 46 ss.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 82. Sobre o ponto, ver ainda FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 68 ss.

[17] Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conferir ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* 2. ed. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2007, p. 398 ss; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 56 ss; REIS NOVAES, Jorge. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 86 ss e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, *passim*.

de defesa perante o Estado e (ii) reconhecendo o valor *vida* e *liberdade* – com autonomia relativamente aos seus possíveis titulares – como dignos de proteção e promoção pelo próprio Estado (dimensão objetiva).

Tese 4: "(...) O exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. (...) a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também e de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes e desde que estejamos atentos ao fato de que com isso não se está a legitimar uma funcionalização (e subordinação apriorística) dos direitos fundamentais em prol dos interesses da coletividade (...)"[18].

Comentário 4: a presente tese remete a um dos mais delicados pontos da discussão acerca da eficácia objetiva dos direitos fundamentais. Seria, afinal, *(i)* dogmaticamente consistente e *(ii)* constitucionalmente válido *justificar* uma restrição no âmbito de proteção de um direito fundamental de liberdade (de defesa contra o Estado) de um determinado cidadão sob o argumento de promoção e/ou fomento de um valor constitucionalmente reconhecido (ou seja, com base na eficácia *objetiva* dos direitos fundamentais)?[19]

Tomemos, a título de ilustração, um julgado de 2016 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará[20]. Trata-se de sujeito preso em flagrante por portar aproximadamente 6 kg de maconha, o qual teve sua prisão convertida em preventiva, situação que perdurava há mais de cinco meses. Denunciado por tráfico e associação para o tráfico, a audiência de instrução foi designada para data muito distante, o que acabou por ensejar a impetração de *habeas corpus,* a postular o relaxamento da prisão, haja vista o excesso de prazo na formação da culpa.

O Tribunal de Justiça do Ceará, ao examinar o pedido, valeu-se do argumento segundo o qual, dada a *grande periculosidade do agente* (constatação superficialmente justificada), devia-se restringir seu direito fundamental à

---

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 87.

[19] Como bem se observa, o autor claramente encampa a teoria *externa* e não a teoria *interna* (limites imanentes) no tocante à natureza das restrições a direitos fundamentais. Ao passo que esta tem por premissas: (a.1) os limites são intrínsecos aos direitos, que não nascem ilimitados e (a.2) o conteúdo definitivo do direito é – desde sempre – o direito "nascido" com limites, já aquela sustenta que: (b.1) os direitos fundamentais e suas restrições não se confundem e (b.2) as restrições são sempre desvantagens aplicadas externamente aos direitos. Sobre a discussão, consultar CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 343 e BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, v. 20, n. 59, p. 29-56, mai./ago. 2000, p. 31 ss.

[20] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Habeas corpus* 0620467-50.2016.8.06.0000, 1ª Câmara Criminal, Rel. Desembargadora Maria Edna Martins, unânime, decisão de 1º de março 2016.

liberdade (concretizado pelo legislador no limite de prazo de 90 dias para a instrução processual previsto no art. 412 do Código de Processo Penal) em nome da promoção da segurança, da liberdade e da integridade física dos demais cidadãos. Noutros termos, "justificou-se" a restrição de um direito fundamental subjetivo com base na promoção de um valor constitucionalmente reconhecido, decorrente da eficácia objetiva dos direitos fundamentais.

Tanto é assim que o acórdão julga estar aplicando o princípio da proibição de proteção deficiente "do Estado-Juiz", segundo o qual "ao Estado é vedado adotar medidas insuficientes na proteção dos direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos"[21]. Não por acaso, a decisão, imediatamente antes de seu dispositivo, é assim finalizada: "em que pese existir excesso de prazo na conclusão da instrução criminal, concluo pela impossibilidade de soltura imediata do paciente, (...) representando a sua soltura um risco à segurança da sociedade"[22].

O presente caso, ainda que brevemente narrado, revela tanto a complexidade da discussão, como, e fundamentalmente, os *riscos* inerentes ao manejo inadequado da categoria dogmática da eficácia objetiva dos direitos fundamentais como justificativa para a restrição de direitos fundamentais subjetivos de liberdade. Como se pode observar, Sarlet anteviu corretamente o problema, preocupando-se em ressaltar que não estava a defender uma espécie de "funcionalização" dos direitos fundamentais em prol da proteção de uma nebulosa ideia de "interesse público"[23].

Tem-se aqui, pois, em nossa opinião, um dos mais graves problemas que o mau uso e a má compreensão das categorias dogmáticas aqui referidas vêm causando na práxis dos tribunais brasileiros. Problemas que vêm acompanhados, por um lado, do recorrente recurso a argumentos *vazios* (não-argumentos), aparentemente auto isentados do dever de justificação pelo simples fato de empregar expressões prontas, cujo conteúdo sequer declara ou clarifica – tais como "proibição de proteção deficiente", "tutela penal insuficiente", "dever de agir do Estado quando necessário à proteção da população".

E, por outro lado, do fato de que tais argumentos, erigidos em assumida oposição à legalidade estrita, buscam justamente o afastamento de regras jurídicas que definem o âmbito de proteção de direitos fundamentais de liberdade contra intervenções do Estado. O problema, portanto, é duplo: *(a)* a violação da regra da legalidade estrita e da reserva de lei em Direito Penal[24] e *(b)* a usurpação da

---

[21] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Habeas corpus* 0620467-50.2016.8.06.0000, 1ª Câmara Criminal, Rel. Desembargadora Maria Edna Martins, unânime, decisão de 1º de março 2016, p. 5.

[22] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Habeas corpus* 0620467-50.2016.8.06.0000, 1ª Câmara Criminal, Rel. Desembargadora Maria Edna Martins, unânime, decisão de 1º de março 2016, p. 7.

[23] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 87.

[24] Ressalta-se, no ponto, que a legalidade e a reserva de lei em Direito Penal não constituem princípios, mas verdadeiras *regras jurídicas,* razão pela qual não estão sujeitas à ponderação e à superação no caso concreto. Apesar disso, elas costumam quer por tradição, quer por adoção de diversa definição conceitual, serem majoritariamente chamadas de "princípio". Nesse sentido, com razão Virgílio Afonso da Silva: "não há como querer [...] que expressões como

competência – própria do legislador – de definir, *por lei,* o âmbito de proteção de direitos fundamentais consagrados na Constituição[25]. Dado o seu relevo, voltaremos à questão na segunda seção deste artigo.

Tese 5: "Além das funções já referidas e dos desdobramentos possíveis no âmbito da dimensão jurídico-objetiva e que aqui não teremos condição de desenvolver, assume relevo (...) a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) na condição de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados, função esta que muitos tratam sob o rótulo de função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como prefere especialmente Canaris"[26].

Comentário 5: esta relevante passagem do artigo lança luz sobre duas categorias dogmáticas: *(i)* a questão da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros (*Drittwirkung*)[27] e *(ii)* o problema dos deveres de proteção do Estado (*Schutzpflichten*)[28]. Sabe-se que as limitações a direitos fundamentais podem decorrer de variados fatos, como, por exemplo, uma nova lei que apresenta outros requisitos, além dos constitucionalmente previstos, para o exercício de direitos fundamentais, ou, ainda, decisões judiciais que determinam penas privativas de liberdade ou expropriação de bens[29]. No entanto, não são apenas

---

'princípio da anterioridade' ou 'princípio da legalidade' sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, [...] qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao fracasso" (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, 2002, p. 26).

25 Sobre os limites da revisão das decisões legislativas pelo tribunal constitucional em se tratando de restrições a direitos fundamentais admitidas apenas com reserva de lei (como é o caso do Direito penal), conferir ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 253 ss e REIS NOVAES, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 208 ss. O problema ocorre não quando o tribunal considera uma restrição excessiva, afastando-a, mas sim quando consideração uma restrição insuficiente, intensificando-a pela própria via judicial (e não mediante lei). No primeiro caso, tem-se o afastamento judicial de uma restrição a direitos fundamentais; no segundo, uma intensificação/judicial de uma restrição a direitos fundamentais.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 93.

27 Há, inegavelmente, desigualdade também nas relações privadas, daí a defesa de uma eficácia «horizontal» ou "perante terceiros" dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Ver CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado, op. cit., p. 22 ss e BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 309 ss.

28 Sobre o tema dos deveres de proteção do Estado sobre direitos fundamentais, consultar bibliografia constante na nota 24 e também ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 398 ss.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. portuguesa. 1. ed. brasileira. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, v. I, 2007, p. 388.

atos do Estado que geram limitações a direitos fundamentais, mas também atos de sujeitos privados, isto é, de outros titulares de direitos fundamentais (trata-se da chamada intervenção restritiva privada)[30].

Pode-se, portanto, falar em uma espécie de geometria especial ou elasticidade dos direitos fundamentais, cujo âmbito de proteção efetivo ora ocupa espaços maiores, ora ocupa espaços menos. Em regra, essa restrição pode ser gerada *(i) autonomamente* (no caso de eventual renúncia a direito fundamental)[31] ou *(ii) heteronomamente*. Nesta última hipótese, a intervenção pode ser jurídica (monopolizada pelo Estado – como leis, atos normativos, decisões judiciais) ou fática (praticada por outros sujeitos privados titulares de direitos fundamentais)[32]. É especificamente nas intervenções heterônomas fáticas que as duas categorias acima identificadas – eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros e deveres de proteção do Estado – comunicam-se.

No ponto, assume-se como premissa que o exercício de direitos fundamentais enseja colisões fáticas, cabendo ao Estado, juridicamente, atuar sobre o resultado "final" da colisão, reposicionando os âmbitos de cada direito fundamental em conflito. Como bem afirma Jörg Neuner, trata-se da "delimitação de esferas colidentes de liberdade", a qual obriga "os órgãos estatais a proteger um cidadão contra os desmandos do outro"[33]. Com razão, alerta Canaris que a grande dificuldade de efetivação do referido dever está na exigência de concordância prática quanto aos limites dos direitos fundamentais, "de tal forma que possam ser, tanto quanto possível, eficazes para todos os intervenientes"[34].

Também complexo é o próprio reconhecimento de um dever *concreto* de proteção dos direitos fundamentais, de tal modo que o reconhecimento da sua imposição ao Estado exige uma especial argumentação. Nesse sentido, bem refere Canaris que "como [...] no Direito penal e no Direito civil, indispensável superar um primeiro específico limiar de argumentação logo para fundamentar a existência de um dever jurídico de agir"[35]. Isto é, deve-se sempre atentar para

---

[30] Ver, no ponto, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 346.

[31] Sobre os pressupostos, os elementos e os limites da renúncia a direito fundamental, ver por todos, na doutrina brasileira, ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59 ss.

[32] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., 22 ss; BILBAO UBILLOS, Juan María. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, op. cit., p. 309 ss.

[33] NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 263.

[34] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p 107.

[35] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 65. Cabe, pois, ressaltar a natureza normativa da omissão (seja no direito constitucional, civil ou penal), no sentido de que ela somente é juridicamente relevante quando constatado um prévio dever de agir. Sobre o ponto, ver ainda CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 332 ss e D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 186 ss.

o fato de que a eficácia vinculante do "imperativo de tutela" ou do "dever de proteção" é fraca, por dizer respeito à censura de uma *omissão* do Estado.

Tese 6: "um dever de proteção (e, portanto, um dever de atuação do Estado) carece de uma especial justificação para o seu reconhecimento e reclama especial cuidado no seu controle"[36].

Comentário 6: essa passagem, embora breve, ressalta ponto dotado de relevo. Trata-se de uma peculiaridade própria do reconhecimento de um dever *concreto* de proteção: a necessidade de uma cuidadosa justificação e um parcimonioso uso da categoria para fins de legitimar restrições a direitos fundamentais de liberdade. Por se tratar de um dos maiores esforços teóricos de precisão e clareza conceitual dos requisitos para o reconhecimento de tais deveres, Sarlet buscou apoio no pensamento de Canaris, o qual, justamente por isso, merece aqui atenção. Para o autor alemão, dois seriam os pressupostos indispensáveis a tanto: o caso deve manifestar-se como *(1)* a aplicação da hipótese normativa de um direito fundamental, devendo haver ainda *(2)* carência ou necessidade de proteção. Essa última restou ainda subdividida pelo autor em dois problemas de verificação concreta: *(2.1)* ilicitude ou perigo e *(2.2)* dependência[37].

O primeiro requisito parece bastante óbvio: o imperativo de tutela de um direito fundamental somente pode ser reconhecido se ele for realmente aplicável ao caso analisado. Já o segundo requisito é dotado de maior sofisticação, significando que somente poderá ser reconhecido um imperativo de tutela quando o titular do direito fundamental restringido não puder realizá-lo de outro modo, isto é, obrigatoriamente necessitar da proteção do Estado para tanto[38]. Ademais, a intervenção fática realizada pelo particular sobre um direito fundamental de outro particular não necessariamente deve ser *ilícita,* tratando-se, segundo o autor, de indício, não de condição do reconhecimento de um *dever de tutela* pelo Estado[39].

Já no tocante ao elemento *perigo* – estado de fato imediatamente anterior à intervenção sobre direitos fundamentais –, Canaris ressalta não haver equiparação entre *intervenção* e mera *ameaça*. No entanto, admite que também situações de mero perigo devem ser consideradas para fins de reconhecimento de um dever de tutela pelo Estado. Finalmente, quanto ao elemento da *dependência,* o jurista sustenta que se trata de um dos mais relevantes requisitos para a verificação do dever de proteção estatal. Nesse sentido, define-o como a relação de dependência existente entre a fruição de um direito fundamental por um particular, de um lado, e o comportamento de um sujeito de direito privado (também um particular), de outro[40].

---

36 SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 95.

37 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., pp. 103 ss.

38 CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado, op. cit., p. 107.

39 CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado, op. cit., p. 108.

40 CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado, op. cit., p. 110.

Segundo Canaris, um caso que viria a preencher todos os requisitos necessários ao reconhecimento de um dever de tutela do Estado pode ser identificado na hipótese de[41]: a proteção do direito de um filho em saber quem seria seu pai biológico, sob pena de nunca sequer poder conhecê-lo, nem mesmo exercer eventual pretensão econômica relativamente a ele. Esse direito de conhecer suas origens estaria cabalmente a depender da boa vontade de sua mãe, que se nega a revelá-lo por razões de privacidade e de intimidade. Mesmo em tal caso, o próprio autor admite que reconhecimento do dever de tutela do Estado sobre o direito do filho pressupõe complexo raciocínio, a exigir, logicamente, reforçada argumentação.

Talvez seja justamente esse o ponto que merece uma mais detida reflexão. O reconhecimento de deveres de proteção pelo Estado não se dá de forma automática, menos ainda de modo auto-evidente. Não decorre da simples positivação de um direito fundamental na Constituição. Demanda, pelo contrário, um patamar *superior* de argumentação para justificá-lo, seja porque se está no plano das prestações positivas do Estado (não das meras abstenções), seja porque há um *amplo* espaço de liberdade de configuração do legislador na eleição de tais medidas protetivas.

Todavia, o que se observa na prática dos tribunais é justamente o oposto. Com o simples emprego das expressões "deveres de proteção" ou "deveres de tutela" do Estado, afastam-se regras jurídicas que definem o âmbito de proteção de direitos fundamentais de liberdade, ou seja, de direitos oponíveis ao Estado. Ultrapassando os limites de sua competência e violando a legalidade estrita em direito penal, o poder judiciário, não raras vezes, afasta regras que consagram garantias ao acusado, valendo-se, para tanto, exclusivamente da ideia de que o Estado-juiz deve cumprir deveres de proteção de direitos fundamentais[42].

Para além dos problemas já referidos, tal forma de inteligir encerra forte contradição: para cumprir deveres de tutela a certos direitos fundamentais, o Estado estaria legitimado a violar livremente outros direitos fundamentais. Ora, não haveria um imperativo de proteção também relativamente a esses *outros* direitos fundamentais? Não se estaria diante de uma violação tanto à exigência de concordância prática, isto é, de máxima eficácia possível aos direitos fundamentais imbricados, quanto à própria proibição de excesso nas restrições a direitos fundamentais[43]?

---

[41] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado, op. cit., p. 110 ss.

[42] Consoante refere Humberto Ávila acerca das possibilidades excepcionais de superação de regras com base em princípios, "a resistência à superação de uma regra será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica para sua interpretação. (...) Isso ocorre, por exemplo, nos setores do ordenamento jurídico em que o princípio da segurança jurídica exerce papel primordial, como no Direito Penal e no Direito Tributário" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 145).

[43] O juízo de proibição de excesso – diverso e independente do de proporcionalidade – verifica apenas a intensidade da restrição de um direito fundamental, impondo a ela um limite intransponível, independentemente de eventuais fins agregados à intervenção restritiva. Sobre o tema, conferir na doutrina brasileira ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, op.

O debate, como se observa, em nada é simples. Para melhor ilustrá-lo, vale ter em conta uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sede de recurso em sentido estrito. Trata-se do recurso em sentido estrito (RSE) 70068231141, apresentado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra decisão que revogou medida cautelar alternativa à prisão[44]. O acórdão, por unanimidade, determinou o reestabelecimento da referida medida, sob o fundamento de que[45]

> permitir que permaneça em liberdade, sem qualquer tipo de fiscalização estatal – mesmo que dependente de uma atuação do próprio fiscalizado –, seria incorrer em proteção deficiente. É que, em alguns casos, o Estado não pode abrir mão de se utilizar do Direito Penal para coibir potenciais condutas lesivas a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Não pode, pois, atuar de modo insuficiente em seu dever de proteção.

Da leitura do excerto, verifica-se que um dos principais argumentos para a manutenção da medida cautelar residiu na ideia de "deveres de proteção" do Estado. Contudo, em momento algum a decisão fez qualquer esforço teórico para indicar *(i)* por que haveria, no caso, um dever de tutela; *(ii)* por qual razão seria a medida cautelar indispensável à sua realização e *(iii)* qual seria, afinal, o direito fundamental a exigir a mencionada proteção. Tudo a indicar que tal categoria, conscientemente ou não, vem sendo inadequadamente instrumentalizada para justificar decisões restritivas de direitos fundamentais de liberdade consagrados na Constituição, em flagrante violação às hipóteses de restrição já devidamente previstas nas legislações penais correspondentes.

Tese 7: "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 (...) 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*). (...) A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por um omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz

---

cit., p. 188. Ver ainda ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 182-185.

[44] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito Nº 70068231141, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador Mauro Evely Vieira de Borba, Julgado em 17/03/2016.

[45] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito Nº 70068231141, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador Mauro Evely Vieira de Borba, Julgado em 17/03/2016, p. 5.

com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (...)."[46]

Comentário 7: considerando que antes se analisou a função dos direitos fundamentais como deveres de proteção (a existência, ou o "se" da tutela), agora se deve analisar o *modo* ou o *como* da proteção. Sobre tal ponto, de grande relevo tem se mostrado a categoria da proibição de proteção deficiente, também chamada proibição de insuficiência. Em se reconhecendo um dever de proteção de direitos fundamentais, terá o legislador, conforme vasta doutrina, *ampla* margem de configuração no tocante à escolha dos meios a tanto. O único limite à sua liberdade residiria justamente na proibição de proteção deficiente, ou seja, na exigência de satisfação no limiar mínimo do imperativo de tutela[47].

Já contrariamente à ideia de que o legislador teria um vasto espaço de eleição relativamente ao *como* da proteção, Bernal Pulido sustenta que o objeto submetido a controle constitucional a partir da categoria da proibição de insuficiência residiria em uma "abstenção legislativa ou em uma norma legal que não protege o direito fundamental ou que o protege deficientemente por não favorecer sua realização na maior medida possível"[48]. Neste caso, o cumprimento do imperativo de tutela exigiria do legislador não qualquer medida suficientemente eficaz, mas a medida *mais* eficaz, dentre aquelas jurídica e faticamente disponíveis. Trata-se, no entanto, de leitura minoritária e bastante diversa sobre o conteúdo da proibição de insuficiência, não sendo esta – ao menos no que nos foi possível aferir – a encampada por Sarlet em seu ensaio, mas sim a anterior.

Independente da compreensão adotada, há algumas convergências relevantes em tais análises, as quais merecem destaque e breve exame. Em *primeiro lugar*, verifica-se haver consenso no sentido de que cabe *exclusivamente* ao legislador eleger os meios que serão empregados para fins de cumprimento de um imperativo de tutela verificado (o *se* e o *como* da proteção). Noutros termos, cabe a ele concretizar, por meio da emissão de leis, as normas constitucionais e, nesse sentido, também conformar o âmbito de proteção devido a cada direito fundamental. Em *segundo lugar*, cabe ao Poder Judiciário, de modo excepcional e com sofisticado grau de justificação, reconhecer a inconstitucionalidade da medida eleita pelo Poder Legislativo. Isso, é claro, se (e somente se) constatar uma violação à proibição de insuficiência e, ademais, se o reconhecimento da inconstitucionalidade e a consequente exclusão da lei do ordenamento jurídico não gerar situação de maior insuficiência de proteção ainda[49]. Em *terceiro*

---

[46] SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*, op. cit., p. 99-100.

[47] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 65-66 e NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental, op. cit., *passim*.

[48] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 808.

[49] Conforme refere Humberto Ávila, o Tribunal Constitucional alemão costuma utilizar a "declaração de incompatibilidade" (*Unvereinbarkeitserklärung*) em lugar da declaração de inconstitucionalidade (*Verfassungswidrigkeitserklärung*) quando a mera declaração de nulidade

e último lugar, na medida em que a legalidade estrita estrutura o direito penal, é inconsistente e injustificado o afastamento de regras jurídicas que tutelam direitos fundamentais do réu com base meramente em alegações vagas de que o Estado não pode violar a "proibição de insuficiência" de direitos fundamentais contrapostos àqueles.

Tomemos como exemplo a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em *habeas corpus* no bojo da Operação *Lava Jato.* Trata-se do HC 339.037[50], no qual se postulava a concessão da liberdade a um dos réus, sob o argumento (ora sintetizado) de que não estavam concretamente preenchidos os requisitos necessários à decretação e à manutenção da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal). O voto vencedor valeu-se justamente da ideia de "deveres de proteção" do Estado para justificar a necessidade de manutenção da custódia cautelar, como se observa nesse excerto[51]:

> No caso em análise, a notória gravidade dos fatos, por produzir efeitos diretos nos mais variados setores da sociedade brasileira e da economia, também se revela fundamento idôneo ao decreto de prisão preventiva do paciente, que não se esgota apenas no risco de reiteração delitiva já mencionado alhures, mas para o restabelecimento da ordem pública há muito abalada pelas condutas dos roubadores dos cofres públicos, conforme autoriza o artigo 312 do Código de Processo Penal, como medida que privilegia, no caso concreto, o princípio da proporcionalidade, no seu viés da proibição de proteção deficiente da coletividade afetada.

Ainda que inviável o exame acurado da decisão na sua integralidade, pode-se já perceber que, mesmo em casos de amplo destaque e de elevada complexidade: *(i)* direitos fundamentais de réus são restringidos e regras jurídicas que os consagram são superadas e afastadas com simples menção a uma imprecisa "vedação à proteção deficiente"; *(ii)* não há qualquer discussão sobre a existência de um imperativo de tutela, nem explicação sobre o porquê de a medida eleita pelo legislador ser insuficiente; *(iii)* inexiste questionamento acerca da legitimidade de o Poder Judiciário afastar regras legais que delimitam direitos fundamentais do réu e, com isso, simplesmente refazer a ponderação dos bens em conflito, apresentando conclusão diversa e conflitante com a do legislador.

Pois bem. Chegado até aqui e tendo em conta que as páginas antecedentes foram dedicadas à apresentação, de modo analítico, de algumas das teses

---

da lei não restaurar, por si mesma, o estado de constitucionalidade. Como exemplo, o autor faz referência a leis anti-isonômicas e leis deficitárias (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. 2011, p. 520 ss).

[50] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 339.037/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Rel. para acórdão Ministro Jorge Mussi, 5ª turma, julgado em 15/12/2015, DJe 12/02/2016.

[51] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 339.037/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Rel. para acórdão Ministro Jorge Mussi, 5ª turma, julgado em 15/12/2015, DJe 12/02/2016, p. 12 (voto do Relator para acórdão).

fundamentais do ensaio em estudo, importa agora pontuar, de modo mais sistemático, problemas já diagnosticados durante o resgate da discussão e do uso concreto, na experiência brasileira, das correlatas categorias dogmáticas. Salienta-se, desde já, que as críticas lançadas, seja nos comentários anteriores, seja na próxima seção deste escrito, não estão dirigidas às categorias em si, mas sim ao modo, equivocado modo, como elas vêm sendo interpretadas e aplicadas na casuística dos tribunais brasileiros.

3. NOVOS RUMOS. ALGUNS PARÂMETROS E CRITÉRIOS LIMITADORES À APLICAÇÃO DA "PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE" NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Desde o iluminismo, bem se sabe, a doutrina penal preocupa-se em conter e em regular o uso do poder punitivo, quer pela sua intensidade, quer pelas consequências que provoca na vida, na liberdade e no patrimônio do cidadão[52]. O desenvolvimento da teoria do delito ao longo dos anos, com forte influência da tradição alemã, prestou grande serviço à demanda de *racionalização* (ainda que sempre limitada) da punição. A teoria do bem jurídico foi, nesse contexto, de fundamental importância, na medida em que se posicionou como instrumento útil ao controle das opções criminalizadoras do legislador. Noutros termos, sempre foi clara a pretensão de exercer uma "função crítica" frente à liberdade de configuração legislativa em matéria criminal, limitando, orientando e também censurando o legislador[53].

Se tal teoria realmente tem sido, à luz da experiência, capaz de realizar tal limitação, é questão amplamente discutida, não nos cabendo, em razão do objeto deste escrito, adentrar no ponto. Fato é que ela não mais carrega, em si, pretensão de resolução *inquestionavelmente* satisfatória do problema do controle da atividade legislativa incriminadora[54]. Nesse sentido, ao longo dos anos outras teorias surgiram, seja em plena contraposição àquela, seja com o intuito de complementá-la. Cabe-nos examinar aqui a última hipótese, por ser

---

[52] Consoante Zaffaroni, o direito penal pode ser compreendido como "um contra poder jurídico redutor ou contentor" do *potesta puniendi* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidade. *Revista Anthropos.* Huellas del conocimiento. Barcelona, n. 204, p. 136-51, 2004, p. 136. No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 5).

[53] Sobre o longo caminho da teoria do bem jurídico até alcançar a sua pretensão de crítica da intervenção penal incriminadora, ver D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66 ss e GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 12, n. 49, 2004, p. 89 ss.

[54] Em relevante balanço sobre os rumos possíveis à teoria do bem jurídico, Hefendehl refere que a necessidade de a teoria do bem jurídico ser capaz de exercer uma função crítica aumentou nos últimos anos, diante da crescente antecipação da intervenção penal que os Estados vêm promovendo (HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. In: *La teoría del bien jurídico,* op. cit., p. 461-462).

esta a situação a qual pertencem as teses referidas e comentadas na primeira seção deste texto.

Pois bem, a ninguém escapa o fato de que o princípio da proporcionalidade surgiu, originalmente, no direito público, sobretudo no direito administrativo e, posteriormente, no direito constitucional[55]. Pode-se afirmar que, em seu emprego contemporâneo, tal instrumento vem servindo de meio para o controle das restrições promovidas a direitos fundamentais, especialmente os de liberdade (ou seja, os oponíveis ao Estado). É nesse contexto que a proporcionalidade, os direitos fundamentais e o direito penal passaram recentemente a dialogar. Dado o desgaste e as inúmeras críticas dirigidas à teoria do bem jurídico – a qual, ademais, surge previamente à noção contemporânea de controle constitucional –, a proporcionalidade passou recentemente a ser utilizada também como critério crítico à intervenção penal[56].

Eis o raciocínio: a proporcionalidade controla a constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais realizadas pelo Estado e justificadas na suposta promoção de fins ou de objetivos concretos. Por sua vez, a criminalização de uma conduta representa justamente a restrição a um direito fundamental — no caso, o de liberdade — amparada, como regra, na suposta tutela de um bem jurídico com relevo constitucional (o seu objetivo concreto). Com isso, tem-se que o juízo de proporcionalidade, em relação a uma proposta criminalizadora, deve examinar: *(i)* se há um fim ou um objetivo concreto constitucionalmente legítimo que se quer ver fomentado a partir da introdução do novo tipo penal; *(ii)* se a criminalização pretendida é, de fato, apta à promoção desse objetivo concreto (adequação); *(iii)* se a criminalização pretendida é, de fato, necessária, ou seja, se não há maneira diversa e menos grave de obter-se similar resultado

---

[55] Acerca da evolução histórica do princípio da proporcionalidade, Guerra Filho relata que "a transposição do princípio da proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional (...) se deve em grande parte ao posicionamento assumido em relação a isso pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha Ocidental. Essa corte suprema (...) a partir de determinado momento passou a referir com frequência expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao 'pensamento de proporcionalidade', tais como 'excessivo' (übermassig), 'inadequado' (*unangemessen*), 'necessariamente exigível' (*erforderlich, unerlasslich, undedingt notwendig*) (...)" (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 99).

[56] Sobre argumentos favoráveis ao recurso à proporcionalidade como forma mais eficaz de controle negativo do legislador, indica-se especialmente BURCHARD, Christoph. O princípio da proporcionalidade no "direito penal constitucional" ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 33 ss.; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 105 ss; BOSE, Martin. Derechos fundamentales y derecho penal como "derecho coactivo". In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 137 ss; BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 147 ss.

prático (necessidade)[57] e *(iv)* se, apesar de todas as respostas anteriores serem positivas, ainda assim não haveria um "custo" demasiadamente elevado para o talvez tímido avanço que a medida geraria (proporcionalidade em sentido estrito)[58].

Como se observa, as premissas e as teses analiticamente examinadas na primeira seção permitem afirmar que Sarlet compreende as normas penais tanto como uma restrição a direitos fundamentais de liberdade contra o Estado (dimensão subjetiva dos direitos fundamentais), quanto como medidas promovedoras de direitos fundamentais à proteção pelo Estado, objetivados na ideia de deveres de proteção (dimensão objetiva dos direitos fundamentais)[59]. Logo, a proporcionalidade serviria, pois, como critério crítico à intervenção penal, impedindo criminalizações inadequadas, desnecessárias e desproporcionais em sentido estrito.

A proibição do excesso (Übermaß*verbot*) e a proibição de proteção deficiência ou de insuficiência (*Untermaßverbot*), por seu turno, teriam também relevante papel no controle da atividade legislativa em matéria penal. A proibição do excesso fiscalizaria a *intensidade* da restrição promovida pelo Estado sobre o âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais de liberdade em sentido lato (por exemplo, criminalização de condutas ou definição de intervalos de pena, na fixação dos critérios para decretação de prisões cautelares etc.) e também de direitos sociais ou a prestações positivas do Estado[60]. Já a proibição de insuficiência controlaria o *atingimento de um patamar mínimo de realização* de deveres de proteção do Estado, seja em relação a direitos fundamentais de liberdade (garantindo a efetiva possibilidade de seu desfrute), seja frente a direitos fundamentais sociais (promovendo os meios fáticos e jurídicos indispensáveis ao seu exercício), tutelando-os contra intervenções de particulares (*Drittwirkung*)[61].

Conjugando os raciocínios, chega-se à seguinte situação: uma norma criminalizadora deve tanto cumprir as exigências de proporcionalidade, quan-

---

[57] Sobre a "necessidade penal" (*Strafbedürfnis* ou *Strafbedürftigkeit*) ou a *ultima ratio* do Direito Penal, ver ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: ALVES CORREIA, Fernando; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 2012, p. 102; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O "Direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional. In: Tribunal Constitucional. *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 42 ss. e DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, *op. cit.,* p. 185.

[58] Sobre os subcritérios da proporcionalidade, ver, na doutrina alemã, KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, p. 08 ss. e, na doutrina brasileira, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, op. cit., p. 205 ss. e SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 34 ss.

[59] SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade, op. cit., p. 82.

[60] Sobre proibição de excesso, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, op. cit., p. 188. Ver ainda ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. *Renúncia a direito fundamental*, op. cit., p. 182-185.

[61] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* op. cit., p. 806-807.

to a de proibição de excesso (relativamente à restrição promovida ao direito fundamental de liberdade – *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais) e, ainda, a da proibição de proteção insuficiente frente a direitos fundamentais contrapostos. Esta última situação pressupõe, é claro, que seja verificada, concretamente, a existência de deveres de proteção pelo Estado (*dimensão objetiva* dos direitos fundamentais).

Muito similar análise ocorreria relativamente a uma regra processual penal que fixa critérios para a decretação de prisões de natureza cautelar. Vejamos: ela deveria cumprir as exigências de proporcionalidade (uma restrição adequada, necessária e proporcional), mas também a de proibição de excesso (uma restrição dentro do limite tolerável ao direito fundamental de liberdade envolvido) e, ainda, se for o caso, a de proibição de insuficiência (uma proteção mínima dos direitos fundamentais contrapostos – desde que, repita-se, concretamente verificado um dever de tutela do Estado).

Do exposto, parece-nos legítimo concluir que: *(i)* a proporcionalidade e a proibição do excesso são instrumentos argumentativos e hermenêuticos para *controlar* a atuação estatal sempre que presentes hipóteses de *restrições* a direitos fundamentais (especialmente os de liberdade). Servem, pois, como critério *limitador*, *de contenção*, *de crítica* à atividade legislativa criminalizadora. Correspondem a um dever de abstenção do Estado (um *não agir*), a fim de preservar o âmbito de tutela do direito fundamental de liberdade; *(ii)* a proibição de proteção, por sua vez, serve à finalidade diametralmente oposta. Trata-se de instrumento argumentativo e hermenêutico para controlar a atuação estatal sempre que presentes *deveres ou imperativos de tutela* de direitos fundamentais (*Schutzpflichten*), de liberdade ou sociais, contra intervenções fáticas de particulares (a *Drittwirkung*). Atua, pois, como critério *impulsionador, propulsor* da atividade legislativa criminalizadora. Corresponde a um dever de proteção do Estado (um *agir*), a fim de garantir um mínimo de tutela ao direito fundamental envolvido frente a intervenções fáticas de terceiros agressores[62].

À luz de tais premissas, quer-se defender uma tese fundamental relativamente aos potenciais problemas que a introdução descuidada ou afoita da proibição de proteção deficiente no contexto do direito penal – e da sua especial racionalidade – pode ocasionar. Sustenta-se que a *proibição de proteção deficiente,* pelas suas peculiaridades, não é capaz de exercer uma função de crítica *negativa* da intervenção penal, mas, no máximo, de crítica *positiva* da intervenção penal. Dito de outro modo, ela não é capaz de indicar quando uma criminalização ou uma intervenção sobre direitos fundamentais por parte do Estado é indevida. Nesse sentido, ela distancia-se das pretensões da teoria do bem jurídico,

[62] Consoante bem alerta Hassemer, a proibição de insuficiência não é um conceito clássico no âmbito penal. E isso decorre do fato de que ela contradiz a função tradicional de direitos fundamentais como direitos de liberdade, isto é, direitos que protegem o indivíduo contra intervenções do Estado (HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 101.).

da proporcionalidade e da proibição de excesso[63]. No contexto criminal, ela somente é capaz de indicar eventuais situações de cumprimento insuficiente do dever de tutela por parte do Estado, aproximando-se daquilo que a doutrina penal denomina *necessidade penal*[64].

Disso decorre que a teoria do bem jurídico-penal, a proporcionalidade e a proibição do excesso servem de crítica constitucional negativa à intervenção penal, indicando espaços de intervenção proibidos; a proibição de proteção deficiente, no máximo, de crítica constitucional positiva à intervenção penal, indicando espaços de intervenção obrigatórios. Contudo, a intensidade de tais críticas e as correlatas consequências na conformação da liberdade de eleição do legislador são profundamente distintas. Enquanto no primeiro caso o Poder Judiciário analisa a constitucionalidade de uma *lei* que concretiza e delimita os efetivos âmbitos de manifestação de direitos fundamentais, no segundo há, como regra, uma *omissão* do Estado, um não agir legislativo, cabendo ao Poder Judiciário justamente examinar esse *vácuo*.

Diga-se mais: na proporcionalidade e na proibição de excesso, uma decisão de inconstitucionalidade de uma lei serve para afastar a restrição indevida a um direito fundamental; na proibição de insuficiência, serve para exigir alguma medida estatal no sentido de cumprir satisfatoriamente deveres de proteção de direitos fundamentais. Neste último caso, cabe ao Poder Legislativo eleger os meios que serão empregados para cumprir tais deveres, somente podendo o Poder Judiciário invalidá-los quando *cabal* a insuficiência – por exemplo, punir um homicídio com uma multa administrativa, tal qual o excesso de velocidade no trânsito[65].

Do quanto exposto, verificam-se *ruídos* importantes na comunicação e na possibilidade de compatibilização entre o direito penal enquanto racionalização (e contenção) do poder punitivo (objetivo ao qual se prestam a teoria do bem jurídico, a proporcionalidade e a proibição do excesso) e a proibição de insuficiência enquanto instrumento *potencializador* da intervenção penal[66]. Dito de outro modo, ao menos à luz da realidade brasileira, a proibição de insuficiência necessita urgentemente de contornos mais precisos, de uma me-

---

[63] HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, op. cit., p. 102.

[64] Acerca do tema, ver ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional, op. cit., p. 102; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O "Direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional, op. cit., p. 42 ss. e DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, op. cit., p. 185.

[65] Sobre a exigibilidade judicial dos direitos a proteção e os problemas decorrentes do afastamento das decisões do legislador e da sua consequente substituição pelas do tribunal constitucional, ver a crítica de ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 408 ss. (especialmente p. 414-415).

[66] Conforme Hassemer, a aplicação de tal teoria no direito penal foi muito criticada por entrar em tensão com as teorias tradicionais negativas do bem jurídico, as quais se centram na sua função crítica e limitadora do direito penal (HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, op. cit., p. 101.).

lhor compreensão e, por certo, de um mais parcimonioso uso[67]. Do contrário, corre-se o risco de vê-la transformada em expressão pronta e vazia, destituída de qualquer precisão conceitual ou de sentido substancial, dotada, ademais, de grande e perigoso potencial de restrição a direitos fundamentais de liberdade na esfera penal.

Dito de forma ainda mais direta e incisiva. A proibição de proteção deficiente, tal como aplicada em muitos julgados brasileiros, tem descumprido, de modo inaceitável, a exigência de legalidade estrita em matéria criminal, e extrapolado, sem qualquer constrangimento, os seus limites de legitimidade[68]. Isso porque, como ilustrado na primeira seção do artigo, ela vem servindo como mero subterfúgio, falacioso e inconsistente subterfúgio, para o afastamento de regras de direito e processo penal incumbidas da definição e delimitação de critérios para restrição a direitos fundamentais do acusado. Daí o déficit de justificação, bem ressaltado por Reis Novais, "de uma condescendência de partida para uma actividade estatal, em princípio 'amiga' dos direitos fundamentais, mas potencialmente mutável em intervenção (...) restritiva"[69].

Noutras palavras, ao se valer da noção de proibição de proteção insuficiente com tal pretensão (de justificar uma intervenção restritiva no direito fundamental do réu), o julgador usurpa a competência do legislador penal, único autorizado a criar restrições a direitos e a garantias fundamentais do acusado (exigências constitucionais de *reserva de lei, legalidade estrita* e *proibição de analogia* em direito penal[70]). Isso por um lado. Por outro, é ainda mais alarmante perceber que, em inúmeras hipóteses de aplicação concreta da proibição de tutela insuficiente pelos tribunais brasileiros, a exemplo dos casos trazidos na primeira seção, afastam-se regras, sem que, em contrapartida, sejam sequer apresentadas maiores justificativas quanto à efetiva existência de um dever de suficiente proteção[71].

---

[67] Sobre a necessidade de maior desenvolvimento dogmático da categoria, ver, na doutrina estrangeira, DIETLEIN, Johannes. Das Untermaßverbot. Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur. *Zeitschrift für Gesetzebung*, v. 10, 1995, p. 132 ss.

[68] É o que claramente alerta Reis Novais: "o dever de proteção da liberdade de uns facilmente se transmuta em fundamento de restrição da liberdade de outros" (REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 90).

[69] REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 91.

[70] Sobre a relação entre a proibição de analogia e a função de garantia do tipo penal, conferir RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal*. Barcelona: Atelier, 2010, p. 346 ss. O autor, de forma bastante original, sustenta que a analogia pode ser utilizada em direito penal apenas quando contribuir para a função de garantia do tipo, isto é, sempre que não gerar uma aplicação imprevisível da lei penal. Ainda que não estejamos de pleno acordo com a tese, entendemos que o tema merece urgente reflexão doutrinária e casuística, à luz do problema contemporâneo de incremento da indeterminação da lei penal.

[71] Como pontua Reis Novais, "da Constituição pode deduzir-se a existência do dever de proteção, mas a sua conformação prática concreta deve ser essencialmente deixada, em primeiro lugar, à margem de decisão e prerrogativa do legislador" (REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 91-92).

Há, ainda, um ponto derradeiro a ser referido, previamente a maiores esforços de sistematização das reflexões apresentadas nesta segunda seção. Trata-se do fato de que a estrutura fundamental da teoria do delito desconheceu, por séculos, instrumentos de controle típicos do constitucionalismo contemporâneo, a exemplo dos trabalhados neste escrito (proporcionalidade, proibição de excesso, deveres de proteção, eficácia horizontal ou entre privados dos direitos fundamentais, proibição de proteção insuficiente etc.)[72].

Observam-se, assim, dois espaços de normatividade com parcial autonomia quanto a seus fundamentos e a sua racionalidade, os quais, contudo, vem paulatinamente convergindo na busca de denominadores comuns. Daí, não surpreender a constatação de que o sistema jurídico brasileiro, enquanto herdeiro da tradição penal europeia, em grande medida alemã, e, em parte, da tradição constitucional austríaca e alemã (aqui conjugadas com a norte-americana), venha dedicando esforços na conjugação do discurso tipicamente constitucional com o discurso tipicamente penal.

Por outro lado, é preocupante perceber que tais esforços vêm sendo empreendidos sem o cuidado e a reflexão necessária, como um transplante que é realizado à revelia de investigações sobre o grau de compatibilidade e os riscos de rejeição.

Ademais, é preciso ter em conta que uma coisa é a Alemanha, país de origem das noções de proporcionalidade, proibição de excesso e proibição de insuficiência utilizá-las para avaliar a constitucionalidade de uma ação ou de uma omissão do legislador em matéria penal; outra, é o direito brasileiro importá-las e aplicá-las sem as devidas ressalvas. Naquele país o controle de constitucionalidade é exclusivamente concentrado, cabendo ao Tribunal Constitucional da Alemanha (*BVerfG*) – ou seja, a apenas 16 juízes – promover tal exame. No Brasil, vive-se situação diametralmente oposta: admite-se tanto um controle constitucional concentrado quanto um difuso, a permitir que inúmeros magistrados avaliem a proporcionalidade, a proibição de excesso e a proibição de insuficiência em matéria penal.

A diferença estrutural entre ambos os sistemas, bem como todas as considerações anteriormente traçadas conduzem-nos a conclusão de que o único caminho viável para a recondução da proteção de insuficiência a balizes mínimas de legitimidade pressupõe não só um forte redimensionamento do seu âmbito de aplicação, como, e fundamentalmente, dos seus pressupostos e efeitos jurídicos. Tarefa que, por certo, nos limites deste texto, não pode ter lugar. Isso não significa dizer, contudo, que não se possa, pelos parâmetros já avançados, identificar algumas conclusões e diretrizes gerais que devem, ao nosso sentir, necessariamente, pautar futuros desdobramentos. São elas:

---

[72] Lamenta Hassemer que a conexão entre a tradição penal e a constitucional tenha ocorrido tão tardiamente. Nesse sentido, inclusive sugere que "seria instructivo investigar a cuestión de por qué el Derecho penal (material) y a Constitución no tuvieron nada que decir durante décadas y por qué la ciencia penal ha incorporado tan tarde a la Constitución como objeto de investigación" (HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, op. cit., p. 96, nota 3.).

(1º) toda e qualquer regra de direito penal e processual penal pode, teoricamente, ser submetida a três exames por ocasião de seu controle constitucional: (i) proporcionalidade; (ii) proibição de excesso e (iii) proibição de proteção deficiente;

(2º) enquanto a proporcionalidade e a proibição de excesso servem ao controle da restrição de direitos fundamentais (função crítica à criminalização), a proibição de insuficiência tem o potencial de expandir a intervenção penal, e não conter;

(3º) a proporcionalidade e a proibição do excesso são amplamente compatíveis com a racionalidade penal de *contenção* do poder punitivo; a proibição de insuficiência, não.

(4º) a proporcionalidade e a proibição do excesso são amplamente compatíveis com a legalidade estrita em matéria penal, pois não servem à expansão "judicial" do poder punitivo, mas sim ao seu oposto. Já a proibição da insuficiência, quando indevidamente aplicada, não, eis que instrumento para o afastamento, no caso concreto, de regras e garantias do acusado, com a consequente expansão indevida, pela via judicial, do poder punitivo;

(5º) a proporcionalidade, a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente servem, cada uma a seu modo, para analisar a constitucionalidade de uma regra penal e processual penal. Em razão da legalidade estrita em direito penal, as decisões judiciais que manejarem tais instrumentos, ao concluírem pela sua violação e pela consequente inconstitucionalidade da lei, não poderão se substituir ao legislador, ocupando o seu lugar na edição de regras que venha a suprir a omissão legislativa.

(6º) no plano da proibição de insuficiência, a conclusão *5* é de grande relevo: significa dizer que um tribunal, ao recorrer a tal categoria, deverá indicar a presença dos pressupostos para sua aplicação, bem como reconhecer a inconstitucionalidade da atuação (ou da omissão) do legislador, instando-o a corrigi-la. Mas atenção: não poderá o tribunal, por si mesmo, corrigir o problema, aumentando judicialmente o poder punitivo (a fim de melhor cumprir um "dever de proteção"), sob pena de violação da legalidade em direito penal;

(7º) a verificação da insuficiência deve passar pelo seguinte exame dogmático: (i) identificação dos direitos fundamentais imbricados no caso concreto; (ii) verificação de um dever de proteção pelo Estado relativamente a um dos direitos fundamentais referidos; (iii) constatação de que o Estado (iii.a) ou deixou de realizar tal dever plenamente (omissão), ou (iii.b) realizando-o, ficou aquém do patamar mínimo, isto é, foi deficiente na tutela realizada (ação insuficiente). Num ou noutro caso, em se tratando de direito penal, jamais poderá o julgador sanar o defeito. Isso pressupõe, em qualquer hipótese, a emissão de nova norma legal pelo poder competente[73].

---

[73] Tal percepção felizmente já encontra eco inclusive nos tribunais brasileiros. Nesse sentido, veja-se a seguinte decisão: RECURSO DE AGRAVO - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - LEI 12.015/09 - UNIFICAÇÃO DOS DELITOS - TIPO

(7.1) a verificação de deveres de proteção do Estado pressupõe os seguintes exames (doutrina de Canaris): (a) hipótese de incidência de um direito fundamental e (b) necessidade de tutela ou proteção do Estado (ilicitude da intervenção do particular e dependência);

(7.2) a verificação da insuficiência da tutela pelo Estado pressupõe ou uma plena omissão ou, no caso de o Estado ter tomado medidas concretas para a proteção, a verificação de que tais medidas são cabalmente insuficientes e até inócuas. No ponto, há de se recordar haver *ampla* margem de configuração do legislador. Não pode o Poder Judiciário invalidá-la por não ser a "melhor" escolha, mas apenas se a escolha for "insuficiente" (há, pois, um dever de atingimento de um patamar mínimo, não máximo).

Tudo, como se vê, a autorizar a conclusão de que há, sim, compatibilidade, conquanto limitada compatibilidade, entre a proibição de proteção insuficiente e o direito penal. A sua aplicação é, portanto, possível, desde que conformada pelos parâmetros acima referidos, em estrita atenção à reserva de lei e à legalidade em direito penal, bem como ao dever de justificação das decisões judiciais.

4. CONCLUSÃO

Chegado até aqui, é preciso louvar, mais uma vez, o mérito das reflexões de Sarlet na promoção e problematização das linhas que cruzam, e por certo unem, o pensamento penal e o constitucional e se fazem especialmente visíveis nos juízos de proporcionalidade, de proibição de excesso e de proibição de insuficiência, hoje consagrados como instrumentos típicos do controle constitucional contemporâneo. A sua recepção pela práxis, contudo, não tem se dado livre de problemas. A casuística dos tribunais brasileiros, em particular, tem sido marcada por uma espécie de descompasso entre o rigor e a reflexão da doutrina e, por vezes, o açodamento e a falta de comprometimento dogmático. Desarmonia essa que se revela potencializada em relação à proibição de proteção deficiente.

MISTO ALTERNATIVO - *PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE - INAPLICABILIDADE - PREPONDERÂNCIA DA LEGALIDADE.* (...) Não cabe ao operador de Direito insurgir-se contra o princípio da legalidade, instituindo interpretação inadequada, na busca de alcançar penalidades mais severas, pelo simples fato de considerar grave a infração penal ou as condutas que a compõem. (...). (TJDFT, 20120020170827RAG, Relator Desembargadora Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, DJE de 13/11/2012 – grifo nosso). Em similar sentido, ver ainda a seguinte decisão: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI 12.015/2009. TIPO MISTO ALTERNATIVO. CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA. *PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.* CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. (...) 3. O princípio da proibição da proteção deficiente não deve prevalecer em detrimento do princípio da legalidade, porquanto este último se encontra umbilicalmente ligado ao *jus libertatis* do réu. (...) (TJDFT, 0110020218965RAG, Relator: Sandoval Oliveira, 1ª Turma Criminal, DJE: 19/03/2012 – grifo nosso).

Propõe-se, nessa medida, como caminho viável a um reestabelecimento responsável e criterioso do diálogo entre a racionalidade penal e aquela própria da proibição de insuficiência, a necessidade de recondução da proteção de insuficiência a balizes estreitas de legitimidade, mediante não só um forte redimensionamento do seu âmbito de aplicação, como, e fundamentalmente, dos seus pressupostos de incidência e de seus efeitos jurídicos constitucional e penalmente válidos.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ANTUNES, Maria João Baila Madeira. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: ALVES CORREIA, Fernando; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João Carlos (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, v. I. pp. 97-118, 2012.

APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe*: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El princípio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 299-338, 2006.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 20, n. 59, pp. 29-56, 2000.

BÖSE, Martin. Derechos fundamentales y derecho penal como "derecho coactivo". In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, pp. 137-146 2007.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. 14, pp. 07-93, 1973.

BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, pp. 147-178, 2007.

BURCHARD, Christoph. O princípio da proporcionalidade no "direito penal constitucional" ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, pp. 33-47, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. portuguesa. 1. ed. brasileira. 1 v. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, v. I, 2007.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 2, n. 2, pp. 173-205, 1992.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIETLEIN, Johannes. Das Untermaßverbot. Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur. *Zeitschrift für Gesetzebung*, v. 10, pp. 131-141, 1995.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. Tradução de José Francisco de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 4, n. 2, pp. 151-198, 1994.

DONINI, Massimo. Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana. *Il Foro Italiano*, v. 124, n. 2, pp. 29-45, 2001.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

_____. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O "Direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional. In: Tribunal Constitucional. *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional portuguesa*. Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 31-46, 2009.

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

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, pp. 89-147, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, pp. 87-112, 2007.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, pp. 95-104, 2007. p. 95-104.

HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: _____ (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, pp. 459-476, 2007.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen: Mohr, 1996.

LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *Revista CEJ*, v. 2, n. 4, p. 103-108, 1998. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/138/226>. Acesso em 28/06/2017.

MUÑOZ LORENTE, José. Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico. *Revista de Derecho y Processo Penal*, Madrid, n. 6, p. 103-131, 2001.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 245-270, 2006.

PALAZZO, Francesco. *Valori costituzionali e diritto penale*. L'Influenza dei Valori Costituzionali sui Sistema Giuridici Contemporanei. Milano: 1985.

REIS NOVAES, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal*. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley. Barcelona: Atelier, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 86-120, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, 2002.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 105-128.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 243-284, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad. *Revista Anthropos*, Barcelona, n. 204, p. 136-51, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.